

EHELICHE MITARBEIT UND
ARBEITSVERHÄLTNISSE
UNTER EHEGATTEN

- Eine Darstellung ausgewählter Fragen -

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Joachim Reicke
aus Königsberg/Pr.

1966



Digitized by the Internet Archive
in 2026

EHELICHE MITARBEIT UND
ARBEITSVERHÄLTNISSE UNTER EHEGATTEN
- EINE DARSTELLUNG AUSGEWÄHLTER FRAGEN -

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Joachim Reicke
aus Königsberg/Pr.



Dekan:	Professor Dr. EHMKE
Referent:	Professor Dr. Dr. Dr. h. c. MÜLLER-FREIENFELS
Korreferent:	Professor Dr. RITTNER

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juli 1966

III

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
A. Einleitung	1
B. ERSTER HAUPTTEIL: Die familienrechtlich begründete Mitarbeit eines Ehegatten bei dem anderen	3
I. Die Geschichte der gesetzlich angeordneten Mitarbeitspflicht seit Bestehen des BGB	3
II. Die Auslegung des § 1356 II BGB im einzelnen	5
1. Häusliche Gemeinschaft als Voraussetzung der Mitarbeit	5
2. Die Bedeutung der Tätigkeit des berechtigten Ehegatten für die Pflicht zur Mitarbeit (Mitunternehmerschaft und abhängige Arbeit)	6
3. Die Art der geschuldeten Mitarbeit (Hilfsdienste, leitende Tätigkeit)	12
4. Das Merkmal der "Üblichkeit"	14
III. Mitarbeit und Entgelt	18
1. Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung der Entgeltfrage im Gesetz	18
2. Die Vorschläge zur Lösung des Entgeltproblems (Darstellung und Kritik)	21
a) Die Lösung der Entgeltfrage über § 1353 BGB	21
aa) § 1353 als Anspruchsnorm	21
bb) Eheliches Güterrecht und Anspruch aus § 1353 BGB	23
cc) Das Problem der Vollstreckbarkeit von Ansprüchen aus § 1353 BGB	29
dd) Ansprüche aus § 1353 BGB nach Auflösung der Ehe?	33
b) Die Heranziehung der Hausratsverordnung zur Lösung des Entgeltproblems	35
c) Bereicherungsansprüche bei Mitarbeit	39
aa) Die Voraussetzungen für die Gewährung von Bereicherungsansprüchen bei Mitarbeit	39
bb) Der Inhalt des Bereicherungsanspruchs bei Mitarbeit	45
cc) Wegfall der Bereicherung	49

IV

d) Die analoge Anwendung dienstvertraglicher Grundsätze zur Lösung des Entgeltproblems	51
aa) Die Begründung einer solchen Lösung in der Literatur	51
bb) Direkte oder analoge Anwendung von § 612 BGB	53
cc) Der Entgeltanspruch im einzelnen	57
dd) Entgelt und "Unterhaltsarbeit"	60

C. ZWEITER HAUPTTEIL: Arbeitsverhältnisse unter Ehegatten 63

I. Die Vereinbarkeit von Lohnarbeitsverhältnis und Ehe 63

1. Die erste Behandlung der Vereinbarkeitsfrage in der Sozialversicherung	63
2. Die Mitarbeitspflicht gemäß § 1356 II BGB und Arbeitsverhältnisse unter Ehegatten	67
3. Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) und Arbeitsverhältnisse unter Ehegatten	72
4. Unterhaltspflichten und Arbeitsverhältnisse unter Ehegatten	75

II. Grundvoraussetzungen für die Feststellung von Ehegattenarbeitsverhältnissen 77

III. Lohnabreden und Lohnzahlung im Ehegattenarbeitsverhältnis 86

IV. Die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses unter Ehegatten 94

1. Die freie Lösbarkeit bei faktischen Arbeitsverhältnissen und ihre Einschränkungen	94
2. Die Kündigung beim Ehegattenarbeitsverhältnis	96
a) Die außerordentliche Kündigung	96
b) Die ordentliche Kündigung	99
c) Kündigungsschutz nach dem KSchG und dem MuSchG	101

LITERATURVERZEICHNIS

- Alebrand Die Bildung von Gesamtgut der Ehegatten am
Hausrat gemäß § 1353 Abs. 1 BGB,
FamRZ 1955, 348 ff.
- Anleitung des Reichsversicherungsamts über den Kreis der nach der Reichs-
versicherungsordnung gegen Invalidität und gegen
Krankheit versicherten Personen
v. 26. 4. 1912, o. O., o. J.
- Arnold Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht,
Berlin und Frankfurt a. M. 1954
- Auerswald Zwei Fragen aus der arbeitsrechtlichen Praxis,
ArbGer. 1929, 36 ff.
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch, 16., neubearbeitete Aufl.,
München und Berlin 1964
- Barth Verfassungsmäßigkeit der Hinzurechnungsbestim-
mungen von Ehegatten-Vergütungen zum Gewerbe-
ertrag,
Betrieb 1960, 1050-1055, 1076 ff.
- Barth Gibt es nach dem System des Ertragssteuerrechts
ein mitunternehmerähnliches Verhältnis im Sinne
der neuen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs?,
Betrieb 1961, 1078-1081, 1111 ff.
- Barth Die Ehegatten-Arbeitsverträge vor dem Bundes-
verfassungsgericht,
Betrieb 1961, 1237 f.
- Beitzke Familienrecht, 13. neubeatb. Aufl.,
München und Berlin 1966
- Bobrowski Mitarbeitspflicht des Ehemannes und Arbeitsein-
kommen,
Rpfleger 1959, 12 f.
- Boehmer Die Gleichberechtigung der Frau im Eherecht,
MDR 1950, 386 ff.
- Boehmer Schadensersatzansprüche wegen Verletzung oder
Tötung des im Haushalt oder Geschäft mitarbei-
tenden Ehegatten,
FamRZ 1960, 173 ff.

- Boeker Keine Anerkennung von rückwirkend abgeschlossenen Arbeitsverträgen zwischen Ehegatten, BB 1957, 1175 ff.
- Boldt-Steffens Gewerbeordnung, Münster 1955
- Bosch Diskussionsbeitrag in Deutscher Notartag 1952, München und Berlin, o.J., S. 94 ff.
- Bosch Die Situation im Ehe- und Familienrecht, Rpfleger 1953, 482 ff.; Rpfleger 1954, 58 ff.
- Bosch Freiheit und Bindung im neuen deutschen Familienrecht, FamRZ 1958, 81 ff.
- Bosch Das neue Ehevermögensrecht, insbesondere das Ehegüterrecht - Grundlinien und Hauptprobleme -, FamRZ 1958, 289 ff.
- Bosch Anmerkung zu dem Urteil des BGH v. 17. 5. 1965 - III ZR 239/64 - FamRZ 1965, 551 f.
- Braga Besprechung von: Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse FamRZ 1960, 456 f.
- Brühl Unterhaltsrecht, 2., neubearb. Aufl., Bielefeld 1963
- Bruns Anmerkung zu dem Urteil des OGH Köln v. 4. 11. 1948 - II ZS 8/48 - , MDR 1949, 161
- Bulla Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, München und Berlin 1954
- von Caemmerer Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Festschrift für Ernst Rabel, 1. Band, Tübingen 1954, S. 333 ff.
- Cosack Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Band, 6. umgearbeitete Auflage, Jena 1913

- Dannenberg Die mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers,
Rechtswissenschaftliche Dissertation Münster 1930
- Denkschrift über die zur Anpassung des geltenden Familienrechts an den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 GG) erforderlichen Gesetzesänderungen
(ausgearbeitet von Hagemeyer),
Köln o. J.
- Dölle Familienrecht, Band 1,
Karlsruhe 1964
- Dölle Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht,
JZ 1953, 353 ff.
- Dürig Grundrechte und Zivilrechtsprechung,
in Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung (Festschrift Nawiasky),
München 1956, S. 157 ff.
- Ebel Zur Abzugsfähigkeit der Ehefrauengehälter bei der Gewerbesteuer nach der bisherigen Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts
St(auer)Arch. 38 (1935), 231 ff.
- Eichel Verträge unter Familienangehörigen, wirtschafts- und sozialrechtlich gesehen,
Rechts- und staatswissenschaftliche Dissertation
Berlin 1936 (1938)
- Eißer Die Anerkennung der Persönlichkeit der Ehefrau im neuen Eherecht,
FamRZ 1959, 177 ff.
- Eißer Zur Anwendung der §§ 843-845 BGB bei Verletzung oder Tötung der nichtberufstätigen Ehefrau,
FamRZ 1961, 49 ff.
- Enneccerus-Kipp-Wolff Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
2. Band: Recht der Schuldverhältnisse von
Enneccerus, 15. Bearbeitung von H. Lehmann,
Tübingen 1958;

VIII

Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4. Band: Das Familienrecht von Kipp und Wolff, 7. Bearbeitung, Marburg 1931
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Aufl., Münster 1952; 3., neubearbeitete Aufl., Münster 1962
Esser	Schuldrecht, 2. vollkommen neu bearbeitete Aufl., Karlsruhe 1960
Felix	Die steuerliche Anerkennung von Arbeitsverhältnissen zwischen Familienangehörigen, FR 1957, 149 ff.
Felix	Über einige gegenwärtige Hauptfragen der Haushaltsbesteuerung, FR 1957, 270 ff.
Felix	Zum Streit um die Auslegung von § 26 a EinkStG 1957, FR 1958, 151 ff.
Fenn	Die Bedeutung verwandtschaftlicher Beziehungen für die Pfändung des "Arbeitseinkommens" nach § 850 h II ZPO, AcP 167 (1967), 148 ff.
Finke	Erläuterungen zum Gleichberechtigungsgesetz, MDR 1957, 449 ff.
Franke	Das Arbeitsverhältnis zwischen Ehegatten, RARB1. II 1933, 274 ff.
Franke	Der Lohnanspruch zwischen Ehegatten, RARB1. II 1933, 490 ff.
Frey	Arbeitnehmer oder Familienangehöriger im Arbeitsvertragsrecht, ArbuR 1953, 114 f.
Friesecke	Angestelltenverhältnis zwischen Ehegatten, ArbR 1931, 297 ff.
Fuld	Die Ehefrau als Arbeiterin des Ehemannes, ArbVers. 1903, 52 ff.

IX

Gernhuber	Lehrbuch des Familienrechts, München und Berlin 1964
Gernhuber	Die Schwägerschaft als Quelle gesetzlicher Unterhaltspflichten, FamRZ 1955, 193 ff.
Gernhuber	Die Mitarbeit der Ehegatten im Zeichen der Gleichberechtigung, FamRZ 1958, 243 ff.
Gernhuber	Das eheliche Vermögensrecht und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 1959, 465 ff.
Gethmann	Mitarbeit des Ehegatten im Geschäft des anderen, MDR 1953, 335 ff.
Görbing	Die steuerliche Berücksichtigung von Verträgen zwischen Ehegatten, DStZ (A) 1957, 369 ff.
Goerrig	Anmerkung zu dem Urteil des RAG v. 23. 7. 1930- RAG 169/30 -, JW 1931, 2595 ff.
Gräber	Das Behelfsheim bei der Wohnungsauseinander- setzung nach der 6. DVO z. EheG., JZ 1951, 685 f.
Grass	Streifzüge durch das geltende Einkommen- steuerrecht, StberJb. 1958/59, 133 ff.
Grieger	Anmerkung zu dem Urteil des BFH v. 3. 12. 1957 -I 231/56 S -, BB 1958, 148 f.
Groß	Die Verpflichtung der Ehefrau zur Mitarbeit im Geschäft des Ehemannes als arbeitsrechtliches Problem, RdA 1952, 179 f.
Guhl	Das schweizerische Obligationenrecht, 5. Auflage, Zürich 1956
Habscheid-Meyer	Neues Familienrecht, Bielefeld 1957

- Hackert Familienangehörige im Arbeitsrecht,
Rechtswissenschaftliche Dissertation
Freiburg 1934
- Hagemeyer Diskussionsbeitrag in Deutscher Notartag 1952,
München und Berlin o.J., S. 69 ff.
- Hahn Besprechung von von Landmann - von Rasp,
Kommentar zum Invalidenversicherungsgesetz
v. 13. Juli 1899,
VerwArch 9, 139 ff
= ArbVers. 1901, 86 ff.
- Hartz Arbeitsverhältnisse zwischen Ehegatten in
steuerlicher Sicht,
DB 1957, 1208 ff.
- Hauffe/Wulfhorst Sozialversicherungspflicht und -freiheit mitar-
beitender Familienangehöriger,
Herne und Berlin 1966
- Herold Sozialversicherung bei Arbeitsverträgen zwischen
Ehegatten
BlStSozArbR 1958, 119
- Herschel Anmerkung zu dem Urteil des BAG v. 24. 9. 1960
- 5 AZR 3/60 -
SAE 1961, 70
- Hiersemann Anmerkung zu dem Urteil des BAG v. 15. 3. 1960
- 5 AZR 409/58 -
SAE 1961, 72 f.
- Hillig Die Abgrenzung der gesetzlichen Beschäftigungs-
verhältnisse nach §§ 1617, 1356 Abs. 2 BGB
vom Arbeitsverhältnis,
Juristische Dissertation Leipzig 1940
- Hörle Über die persönlichen und vermögensrechtlichen
Verhältnisse der Ehegatten nach §§ 1353-1361 BGB,
ArchbürgR 31, 113 ff.
- Hoffmann Lohnarbeitsverhältnis zwischen Ehegatten,
Recht 1910, 649 ff.

- Hoffmann-Stephan Hausratsverordnung, Kommentar,
neu bearbeitet und fortgeführt von Johannsen,
Stephan, Appel,
2. neubearb. Aufl., München und Berlin 1965
- Hohlfeld Arbeitsverhältnisse zwischen Ehegatten,
Verfassungsrechtliche Bemerkungen zur steuerlichen
Behandlung,
StberJb. 1958/59, 239 ff.
- Hübner Gleiche Rechte für Mann und Frau,
Beihefte zur DRZ, 14. Heft, 43 ff.
- Hübner Wider die "Zugewinstgemeinschaft",
AcP 151 (1950/51), 416 ff.
- Hübner, H. Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung,
in Festschrift für Hans Carl Nipperdey,
München und Berlin 1965, Bd. I, S. 373 ff.
- Hueck Anmerkung zu dem Urteil des RAG v. 23. 7. 1930
- RAG 169/30 -
ARS 9, 516 ff.
- Hueck Anmerkung zu dem Urteil des LAG Augsburg
v. 20. 1. 1939 - Sa 21/38 -
ARS 35, (LAG) 79 f.
- Hueck Anmerkung zu dem Urteil des BGH v. 20. 12. 1952
- II ZR 44/52 -
RdA 1953, 353 f.
- Hueck Anmerkung zu dem Urteil des BAG v. 15. 3. 1960
- 5 AZR 409/58 -
zu AP Nr. 13 zu § 612 BGB
- Hueck Anmerkung zu dem Urteil des BAG v. 24. 9. 1960
- 5 AZR 3/60 -
zu AP Nr. 15 zu § 612 BGB
- Hueck Anmerkung zu dem Urteil des BAG vom 5. 8. 1963
- 5 AZR 79/63 -
zu AP Nr. 20 zu § 612 BGB
- Hueck Kündigungsschutzgesetz,
5. neubearb. Auflage, München und Berlin 1965

- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts,
 1. Band;
 3. -5. neubearb. Aufl., Mannheim - Berlin -
 Leipzig 1931;
 7. neubearb. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1963.
 2. Band;
 1. und 2. Aufl., Mannheim - Berlin - Leipzig
 1930
- Hueck-Nipperdey-Dietz Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit,
 4. neubearb. Aufl., München und Berlin 1943
- Hueck-Nipperdey-Stahlhacke Tarifvertragsgesetz,
 4. Aufl., München und Berlin 1964
- Jacobi, Erwin Grundlehren des Arbeitsrechts,
 Leipzig 1927
- Jacobi, Ernst Anmerkung zu dem Urteil des RG v. 7.2.1924
 - 210/24 IV -
 JW 1925, 2110 f.
- Joerges Die eheliche Lebensgemeinschaft in ihrem Begriffe,
 in ihren Gestaltungen und in ihren vermögensrecht-
 lichen Beziehungen, Halle 1912
- Jonas Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die
 Zwangsvollstreckung vom 24. Oktober 1934,
 DJ 1934, 1340 ff.
- Jonas Die Änderungen auf dem Gebiete der Zwangsvoll-
 streckung,
 DJZ 1934, 1314 ff.
- Kaatz Zur steuerlichen Behandlung von Rechtsbeziehun-
 gen innerhalb der Familie,
 FR 1958, 269 ff.
- Kirstein Weiterbildung der Hausratsverordnung,
 NJW 1947/48, 467 f.
- Kleinheyer Eingriffsbereicherung durch unbefugte Nutzung
 und Wertersatz,
 JZ 1961, 473 ff.

XIII

Klöpfer	Das Arbeitsverhältnis der Familienangehörigen auf Grund des BGB und im Arbeitsrecht, Rechtswissenschaftliche Dissertation Tübingen 1924
Knur	Reform des Ehegüterrechts und Gleichberechtigung von Mann und Frau, in Deutscher Notartag 1952, München und Berlin o. J., S. 43 ff.
Knur	Der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 des Grundgesetzes in der notariellen Praxis, DNotZ 1953, 229 ff.
Krüger	Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung, DRiZ 1953, 82 ff.
Krüger-Breetzke-Nowack	Gleichberechtigungsgesetz, München und Berlin 1958
Kuhnt	Die Regelung des Hausrats nach der Ehescheidung, AcP 150 (1949), 130 ff.
Kupke	Das Arbeitsverhältnis zwischen Familienangehörigen, BlStSozArbR 1951, 332 f.
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, 7., neubearb. Aufl., München und Berlin 1965 (2 Bände).
Larenz	Anmerkung zu dem Urteil des ArbG Göttingen v. 28. 8. 1952 - Ca 408/52 - AP 53 Nr. 254
Leers	Die rechtliche Stellung der Frau im Hause, Juristische Dissertation Marburg (L.) 1913
Lehmann	Die Mitarbeit der Ehefrau im Unternehmen des Ehemannes, Stbg. 1958, 41 ff.
Lenski	Vertragsgestaltungen zwischen Ehegatten und ihre steuerlichen Auswirkungen bei der getrennten Veranlagung, BB 1957, 1236 ff.

XIV

Leuze und Ott	Arbeitsverhältnisse zwischen Familienangehörigen, FamRZ 1965, 15 ff.
Littmann	Drei Fragen zur einkommensteuerlichen Gestaltungsfreiheit zwischen Ehegatten, FR 1958, 58 ff.
Lotmar	Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs, Leipzig 1902 (2 Bände)
Maier	Die Verwirklichung der Gleichberechtigung im Familienrecht, JurJb. 1963/64, 87 ff.
Maier-Reimer	Die Gleichberechtigung der Frau, DRZ 1950, 289 ff.
Mann	Rechtliche Betrachtungen zur Haushaltsführung und zur Mitarbeit der Frau im Beruf oder Geschäft des Mannes, Rechtswiss. Dissertation Hamburg 1965
von Marchtaler	Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft und sein Schutz, Stuttgart 1932
Maßfeller	Das gesamte Familienrecht, (1. Aufl.), Frankfurt 1958
Maßfeller	Diskussionsbeitrag in Deutscher Notartag 1952, München und Berlin o.J., S. 90 ff.
Maßfeller	Das Gleichberechtigungsgesetz mit Ausnahme des ehelichen Güterrechts, DNotZ 1957, 342 ff.
Mayer-Maly	Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff, Berlin 1965
Meier-Scherling	Die arbeitsrechtliche Stellung der Ehefrau, ArbR Blattei D Ehefrau I I Arbeitsrechtliche Stellung
Meier-Scherling	Das Taschengeld der Ehefrau, FamRZ 1959, 392 f.
Mestmäcker	Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521 ff.

- Mitteis Die Anpassung des Familienrechts an das Bonner Grundgesetz,
SJZ 1950, 242 ff.
- Mittelbach Angehörige als Arbeitnehmer und Gesellschafter,
Ludwigshafen 1964
- Mittelbach Die Ehefrau als Angestellte im Betrieb
ihres Ehemannes,
DStZ (A) 1957, 86 f.
- Molitor Der Begriff des Arbeitnehmers,
Schlichtungswesen 1926, 6 ff., 26 ff.
- Monjau Arbeitsverhältnis zwischen Eheleuten,
DB 1957, 821 f.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich,
Bd. IV: Familienrecht,
Berlin und Leipzig 1888
- Motsch Rechtsvergleichende Betrachtungen zur
Mitarbeit von Familienangehörigen in
Deutschland und Italien,
FamRZ 1966, 220 ff.
- Müller, A. Die gesetzliche Benachteiligung der Ehefrau,
NJW 1947/48, 41 ff.
- Müller, O. Das Recht des Mannes auf die Tätigkeit seiner
Ehefrau im gemeinschaftlichen Hauswesen der
Ehegatten und im Beruf des Mannes nach dem
Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 1356),
Juristische Dissertation Marburg (L.) 1927
- Müller-Freienfels Die Gesellschaft zwischen Ehegatten
in Eranion für G. S. Maridakis,
Athen 1963, Bd. II, S. 357 ff.
- Müller-Freienfels Der Ausgleich für Mitarbeit im Beruf oder
Geschäft des Ehepartners
in Festschrift für Hans Carl Nipperdey,
München und Berlin 1965, Bd. I, S. 625 ff.
- Müller-Freienfels Anmerkung zu dem Urteil des BGH v. 16.12.1960 -
II ZR 162/59 -
JZ 1961, 579 ff.

- Mugdan Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich,
Bd. IV: Familienrecht,
Berlin 1899
- Natter Die Rechtsstellung der Frau bei Mitarbeit im Geschäft des Mannes nach gesetzlichem Güterrecht des BGB
WürttZ (A) 1933, 153 ff.
- Nikisch Arbeitsrecht,
(1. Aufl.) Tübingen 1951.
2., erweiterte und völlig neubearb. Aufl.,
I. Bd., Tübingen 1955,
II. Bd., Tübingen 1959;
3., erweiterte und völlig neubearb. Aufl.,
I. Bd. Tübingen 1961
- Nipperdey Beiträge zum Tarifrecht,
Mannheim - Berlin - Leipzig 1924
- Odendahl Verwandtenbeschäftigung und Sozialversicherung,
Sgb.1966, Heft 1 (Beilage: Der Sozialrichter 1966,
Folge 1, S. 1 ff.)
- Oertmann Gehaltsansprüche der Ehefrau?,
DJZ 1911, 124 ff.
- Opet-Blume Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs
(Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche,
herausgegeben von Biermann u. a.),
Berlin 1906
- Ott Kann die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes zu Ehegatten-Arbeitsverträgen aufrecht erhalten bleiben?,
BB 1960, 1157
- Otten Die Unterhaltspflicht gleichberechtigter Ehegatten im geltenden Recht,
FamRZ 1957, 73 ff.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch,
26. neubearb. Aufl. (soweit nicht jeweils andere Auflagen im Text der Noten angeführt werden),
München und Berlin 1967

- Paulick Die Besteuerung der Ehegatten nach dem Einkommensteuergesetz in der Fassung des Gesetzes zur Neuordnung von Steuern vom 16. Dezember 1954 (BGBl 1954 I S. 373), FamRZ 1955, 25 ff.
- Paulick Die Besteuerung der Ehegatten nach dem Steuerrechts-Änderungsgesetz vom 5. 10. 1956, FamRZ 1957, 1 ff.
- Paulick Ehegattenbesteuerung in veränderter Sicht, FamRZ 1957, 105 ff.
- Paulick Die Übergangsregelung zur Ehegattenbesteuerung gemäß dem Gesetz zur Änderung steuerrechtlicher Vorschriften vom 26. 7. 1957 (BGBl 1957 I 848), FamRZ 1957, 349 ff.
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4., völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin und Leipzig 1928;
II. Band 2. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil);
IV. Band 1. Hälfte: Familienrecht (§§ 1297-1588)
- Pöhlmann Auseinandersetzung geschiedener Ehegatten, JR 1950, 359
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs,
Bd. IV: Familienrecht,
Berlin 1897
- Ramm Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, Karlsruhe 1955.
- Reichsgerichtsrätekomentar: Das bürgerliche Gesetzbuch, 11. Aufl.
II. Bd. 1. Teil: Berlin 1959
II. Bd. 2. Teil: Berlin 1960
IV. Bd. 1. Teil: (10. und 11. Aufl.) Berlin 1960
- Reichsgerichtsrätekomentar (HGB):
Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl.,
2. Bd., bearb. von Weipert, Berlin 1950

XVIII

- | | |
|------------------------|---|
| Reinicke | Das Gleichberechtigungsgesetz (II),
NJW 1957, 934 ff. |
| Rosin | Das Recht der Arbeiterversicherung, 1. Band,
Berlin 1893 |
| Roth-Stielow | Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz,
Villingen 1963 |
| Rothe | Arbeitsverhältnisse zwischen Familienangehörigen,
BlStSozArbR 1955, 89 ff. |
| von Scanzoni | Anmerkung zu dem Urteil des RG v. 24.10.1931
- 63/31 V -
JW 1932, 1349 f. |
| Scheffler | Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleich-
berechtigung
DRiZ 1953, 85 ff. |
| Schlegelberger | Handelsgesetzbuch,
4., überarbeitete und ergänzte Auflage,
1. Band, Berlin und Frankfurt a.M. 1960 |
| Schmidt | Familienrecht (Kommentar zum bürgerlichen
Gesetzbuch) bearbeitet von Hölder u. a.,
4. Band 1. Hälfte,
München 1907 |
| Schnorr von Carolsfeld | Arbeitsrecht,
2. Aufl. Göttingen 1954 |
| Schönle | Zur Ehegattenbesteuerung bei Mitarbeit der
Ehefrau im Betrieb des Ehemannes,
BB 1958, 407 ff. |
| Schönle | Stillschweigend abgeschlossene Gesellschafts-
verträge zwischen Ehegatten,
ZHR 121 (1958), 161 ff. |
| Schultzenstein | Üblich und BGB,
JW 1922, 758 ff. |
| Schwenk | Arbeitsverhältnis unter Angehörigen,
ArbGericht 1930, 53 ff. |
| Siebert | Arbeits- und Gesellschafts- (Beteiligungs-)
Verhältnisse zwischen Ehegatten,
StberJb. 1958/59, 209 ff. |

XIX

- Simitis Die faktischen Vertragsverhältnisse,
Frankfurt am Main 1957
- Sinzheimer Grundzüge des Arbeitsrechts,
2. Aufl. Jena 1927
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch,
9., neubearbeitete Auflage,
2. Band: Einzelne Schuldverhältnisse, Stuttgart
1962;
4. Band: Familienrecht, Stuttgart 1963
- Sommer Die rechtliche Natur des Entgelts der im Geschäfts-
betrieb des Ehemannes arbeitenden Ehefrau,
Juristische Dissertation Erlangen 1936
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Band 4: Familienrecht, 9. Aufl. München, Berlin
und Leipzig 1926;
Band 2: Recht der Schuldverhältnisse, 11. neu-
bearbeitete Auflage, 3. Teil, Berlin 1958,
4. Teil, Berlin 1960;
Band 4: Familienrecht, 10./11. neubearbeitete
Auflage, Teil 1, Berlin 1964
- Spohr Familienangehörige als Arbeitnehmer im eigenen
Betriebe, Stuttgart 1932
- Stephan Die Gleichberechtigung der Frau,
NJW 1950, 664 ff.
- Theis Arbeitsverträge zwischen Ehegatten, hier zwischen
einer Personengesellschaft und dem Ehegatten
eines beteiligten Gesellschafters,
FR 1958, 573
- Titze Das kaufmännische Hilfspersonal
in Handbuch des gesamten Handelsrechts,
hgg. von Ehrenberg, 2. Bd. 2. Abt.,
Leipzig 1918, S. 545 ff.
- Ulmer Korreferat zum Thema: Die Gleichberechtigung der
Frau. In welcher Weise empfiehlt es sich, gemäß
Art. 117 GG das geltende Recht an Art. 3 Abs. 2
GG anzupassen?, in: Verhandlungen des 38.
Deutschen Juristentages, Tübingen 1951, S. B 31 ff.

- Verhandlungen des dreiunddreißigsten Deutschen Juristentages,
 Berlin und Leipzig 1925:
 Kipp, Vorschläge, S. 325 ff.; Bericht, S. 344 ff;
 Munk, Vorschläge, S. 339 ff.; Bericht, S. 369 ff;
 Wieruszowski, Vorschläge, S. 331 ff; Bericht
 S. 357 ff.
- Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages,
 2 Bände, Berlin und Leipzig 1931:
 Dronke, Gutachten, 1. Band, S. 592 ff.;
 Rebstein-Metzger, Gutachten, 1. Band, S. 540 ff;
 Schultz, Referat, 2. Band, S. 82 ff.
- Volkmar Anmerkung zu dem Urteil des LAG Breslau
 v. 7.8.1930 - 15 S. 145/30 -
 ArbRspr. 1930, 339 f.
- Volkmar Anmerkung zu dem Urteil des RAG v. 17.9.1943
 - RAG 21/43 -
 ARS 47, 44 ff.
- Wacke Die Beweislast der Familienunternehmen in
 Steuersachen,
 München und Berlin 1966
- Wägenbaur Einige Bemerkungen zum Abschluß von Arbeits-
 verträgen zwischen Ehegatten,
 JZ 1958, 396 f.
- Wägenbaur Zur Frage der vermögensrechtlichen Ansprüche
 des mitarbeitenden Ehegatten,
 FamRZ 1958, 398 ff.
- Walner-von Deuten Die neue Rechtslage im Familienrecht
 (IV. Unterhalt)
 MDR 1953, 260 ff.
- Wannagat Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, 1. Band,
 Tübingen 1965
- Warncke Familienangehörige im Arbeitsrecht,
 NZfA 1929, 99 ff.
- Weber Anmerkung zu dem Urteil des BAG v. 25.1.1963
 - 5 AZR 178/62 -
 zu AP Nr. 2 zu § 146 KO

- Weimar Die Dienstleistungspflicht der Ehefrau,
ArbuR 1956, 363 f.
- Wenzel Anmerkung zu dem Urteil des LAG Frankfurt (Main)
v. 9.2.1965 - 5 Sa 170/64 -,
MDR 1965, 1027 f.
- Weymann Arbeitsverhältnis zwischen Eheleuten?,
ArbVers. 1903, 217 ff.
- Wieruszowski Handbuch des Eherechts,
2 Bände, Düsseldorf 1900
- Wölfel Ist § 65 AVAVG mit dem Grundgesetz vereinbar?,
NJW 1965, 1471 f.
- Zeiss Anmerkung zu dem Urteil des OLG Hamm
v. 27.4.1962 - 6 W 90/60 -
NJW 1963, 210

A. EINLEITUNG

Zahlreich sind die Fälle, in denen ein Ehegatte im Geschäft des anderen arbeitet. Jedermann kann sich von dieser Tatsache schon durch Augenschein überzeugen. Nicht nur in Bereichen, in denen sie seit je her anzutreffen war, wie in der kleinen und mittleren Landwirtschaft, dem Gastwirtsgewerbe und dem selbständigen Einzelhandel, ist diese Zusammenarbeit weithin stark verbreitet. In zunehmendem Maße hat die gemeinsame Arbeit der Ehegatten auch bei den freien Berufen Eingang gefunden. Es erstaunt schon deshalb nicht, daß in Rechtsprechung und Schrifttum Probleme der Arbeit unter Ehegatten zur Sprache kommen. Andererseits ist die nicht verstummende Diskussion Anzeichen dafür, daß eine allseits befriedigende und überzeugende Beantwortung der Fragen, die die Zusammenarbeit von Ehegatten aufwirft, noch nicht gegeben ist. Es wird noch vieler weiterer Anstrengungen bedürfen, zu diesem Ziel zu gelangen. Auf dem Wege dorthin aber gibt es, wie anläßlich einer anderen Problematik formuliert worden ist ¹⁾, "kein besseres Mittel als Rede und Gegenrede".

Eine auch nur näherungsweise umfassende Darstellung des gesamten Gebietes der Ehegattenarbeit ist nicht bezweckt. Insbesondere war durch das Thema der Arbeit eine Behandlung der Gesellschaftsverhältnisse unter Ehegatten ausgeschlossen. Aber auch innerhalb des der Arbeit gegebenen Rahmens wurden bewußt einige Schwerpunkte gesetzt: Bei der Auslegung des § 1356 II BGB wurde der ausführlich kaum behandelten Streitfrage, inwieweit eine Mitarbeitspflicht besteht, wenn ein Ehegatte an einem Geschäft - auch zusammen mit dem anderen Ehegatten - nur beteiligt ist, besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Auch das in § 1356 II BGB einschränkend umschriebene Merkmal der "Üblichkeit" schien schon angesichts einer mißverständlichen Äußerung des Bundesgerichtshofs hierzu ²⁾ etwas genauerer Beschreibung wert. Breiter Raum war dem zentralen Problem des Entgelts bei familienhafter Mitarbeit zu geben. Wegen des Gewichts der Vorschläge, die Entgeltfrage familienrechtlich über § 1353 I BGB bzw. nach den Grundsätzen der Hausratsverordnung zu lösen, mußte der Versuch, dennoch dagegen einige Bedenken anzumelden, etwas ausführlicher sein.

Im Folgenden schien es dann angezeigt, weitere Lösungsversuche (Bereicherung und § 612 BGB), die gewöhnlich nur kurz angesprochen werden, eingehender zu untersuchen.

1) Roxin, JZ 1966, 293.

2) BGH RzW 1961, 317; FamRZ 1963, 431: Mitarbeit könne schon dann üblich sein, wenn sie nicht als außergewöhnlich angesehen werde.

Im zweiten Hauptteil wurde neben der notwendigen Behandlung der Frage der Vereinbarkeit von Lohnarbeitsverhältnis und Ehe aufzuzeigen versucht, unter welchen Voraussetzungen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses unter Ehegatten bejaht werden kann. Hier wie in der folgenden Untersuchung über die möglichen Formen der Lohnabreden und -zahlungen ging es wesentlich darum, darzustellen, wie auch beim Arbeitsverhältnis Raum ist für die Berücksichtigung des ehelichen Bandes der Parteien.

Zum Abschluß wird das bisher kaum mehr als stichwortartig angeführte Problem der Kündigung eines Ehegattenarbeitsverhältnisses etwas ausführlicher besprochen.

B. ERSTER HAUPTTEIL:

DIE FAMILIENRECHTLICH BEGRÜNDETE MITARBEIT EINES EHEGATTEN BEI DEM ANDEREN

I. DIE GESCHICHTE DER GESETZLICH ANGEORDNETEN MITARBEITSPFLICHT SEIT BESTEHEN DES BGB

Die am 1. 1. 1900 in Kraft getretene Fassung des BGB enthielt in § 1356 II folgende Vorschrift über die eheliche Mitarbeitspflicht:

"Zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäft des Mannes ist die Frau verpflichtet, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist."

Die Vorschrift fand sich als § 1275 II mit nicht wesentlichen Abweichungen schon im Entwurf erster Lesung, wobei allerdings darauf abgestellt war, ob Mitarbeit nach dem Stande des Ehemannes für die Ehefrau üblich war¹⁾. § 1256 II des Entwurfs für die zweite Lesung lautete im wesentlichen nicht anders als die Gesetz gewordene Fassung²⁾. In der seit dem 1. 1. 1900 geltenden Fassung bestand die Vorschrift bis zum 31. 3. 1953. Eine entsprechende Verpflichtung des Mannes sprach das Gesetz nicht aus³⁾. Da der Gesetzgeber die ihm in Art. 117 I GG bis zu diesem Zeitpunkt gesetzte Frist zur Anpassung des bestehenden Rechts an den in Art. 3 II GG aufgestellten Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau verstreichen ließ, ohne neue gesetzliche Vorschriften zu erlassen, bestand die Frage für Rechtsprechung und Literatur, ob und in welcher Hinsicht § 1356 II BGB a.F. durch das Gebot der Gleichberechtigung berührt worden war. Wohl herrschende⁴⁾ Ansicht war, daß § 1356 II BGB a.F., da diese Vorschrift einseitig der Frau eine Verpflichtung zur Mitarbeit auferlegte, nicht mehr anwendbar sei, dagegen sich eine gegenseitige Mitarbeitspflicht sowohl für die Frau als auch für den Mann aus § 1353, der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, er-

-
- 1) Vgl. bei Mugdan, S. XIII und Motive, S. 107; abgedr. bei Mugdan, S. 60.
 - 2) Vgl. bei Mugdan, S. XIII.
 - 3) Vgl. aber Boehmer, MDR 1950, 388.
 - 4) Gernhuber, FamRZ 1955, 197 Note 31.

geben könne ¹⁾. Bisweilen wurde auch die Meinung vertreten, § 1356 II BGB a.F. sei weiterhin anwendbar ²⁾, jedoch treffe auch den Ehemann eine "den Umständen nach angemessene Mitwirkungspflicht" im Geschäft der Frau ³⁾. Eine solche Mitwirkungspflicht auch des Mannes hatte Boehmer ⁴⁾ bereits vor Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgrundsatzes aus der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft und zur Unterhaltsgewährung abgeleitet. Es wurde weiter von verschiedenen Seiten angenommen, eine Pflicht zur unentgeltlichen Mitarbeit bestehe nicht mehr ⁵⁾. Während für den künftig zu schaffenden Rechtszustand teils vorgeschlagen wurde, § 1356 II zu streichen ⁶⁾ und eine eventuelle Mitarbeit gegebenenfalls aus § 1353 herzuleiten ⁷⁾, wurde in der Denkschrift des Bundesjustizministeriums über die zur Anpassung des geltenden Familienrechts an den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau erforderlichen Gesetzesänderungen ⁸⁾ ausgeführt, eine Sonderregelung über die gegenseitige Mitarbeit sei nur erforderlich, wo diese bei Eheschließung beabsichtigt sei, während sich dann, wenn Mitarbeit im Beruf oder Geschäft des anderen Ehegatten den geeigneten Weg zur Bestreitung des Familienunterhalts darstelle, eine Verpflichtung schon daraus ergebe, daß die Ehegatten verpflichtet seien, nach besten Kräften zum Unterhalt beizutragen. Dagegen fand sich schon im Regierungsentwurf I ⁹⁾ im Rahmen des Unterhaltsrechts wieder die Pflicht, bei Üblichkeit mitzuarbeiten:

-
- 1) Vgl. Arnold, Angewandte Gleichberechtigung, S. 30; Habscheid-Meyer, Neues Familienrecht, BGB § 1356 unter C; Dölle, JZ 1953, 357; Gethmann, MDR 1953, 336; Gernhuber, FamRZ 1955, 197; Weimar, ArbUr 1956, 363; BGH FamRZ 1954, 81 f.; BGH FamRZ 1958, 17; OLG Hamm, MDR 1954, 737 Nr. 666; - a. A. bezüglich der Pflicht des Mannes zur Mitarbeit: Knur, DNotZ 1953, 229 (234).
 - 2) Für Fortgeltung des § 1356 II BGB a.F. auch OLG Stuttgart FamRZ 1955, 172, ohne allerdings Art. 3 II GG zu erwähnen.
 - 3) Bosch, Rpfleger 1953, Sp. 489; Monjau, Betrieb 1957, 821; BGH FamRZ 1966, 493 mit allerdings insoweit unrichtiger Bezugnahme auf BGH FamRZ 1954, 81 und BVerfG FamRZ 1962, 104.
 - 4) MDR 1950, 388.
 - 5) Esser, JZ 1953, 524; Alebrand, FamRZ 1955, 350; differenzierter dazu auch Dölle, JZ 1953, 357, 359; Bosch, Rpfleger 1954, Sp. 63; Arnold, Angewandte Gleichberechtigung, S. 30; Knur, DNotZ 1953, 229 (234).
 - 6) Hübner, 14. Beiheft zur DRZ (1950) S. 58; Entwurf der SPD, S. 7, und die bei Gethmann, MDR 1953, 336, genannten Organisationen.
 - 7) Vgl. die Übersicht bei Gethmann, MDR 1953, 336.
 - 8) Erstattet von Hagemeyer, Teil I, S. 24, 26.
 - 9) BT. (I. WP) Drucks. Nr. 3802 § 1360 IV.

"Jeder Ehegatte hat im Beruf oder im Geschäft des anderen Ehegatten mitzuarbeiten, soweit dies in den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist, oder die Ehegatten bei der Eheschließung eine solche Mitarbeit vorgesehen und die Verhältnisse sich seitdem nicht wesentlich geändert haben. Diese Verpflichtung entfällt, soweit die Mitarbeit dem Ehegatten nach den Umständen des Falles nicht zuzumuten ist."

Die Gesetz gewordene Fassung des § 1356 II BGB n.F. beruht auf dem Regierungsentwurf II ¹⁾. Man stellte die Vorschrift, im Gegensatz zu dem Entwurf I, nicht in die Unterhaltsregelung ein, "weil die Frage der Mitarbeit eine über das Unterhaltsrecht hinausgehende Bedeutung (habe)" ²⁾.

II. DIE AUSLEGUNG DES § 1356 II BGB IM EINZELNEN

1. HÄUSLICHE GEMEINSCHAFT ALS VORAUSSETZUNG DER MITARBEIT

Voraussetzung der Mitarbeitspflicht ist das Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft zwischen den Ehegatten ³⁾. Da aber die Mitarbeitspflicht Ausdruck des Gebots zur ehelichen Lebensgemeinschaft ist, wird man den Ehegatten, der sich, ohne hierzu berechtigt zu sein, der ehelichen Lebensgemeinschaft entzieht, für verpflichtet halten müssen, nicht nur die eheliche Lebensgemeinschaft wieder aufzunehmen, sondern - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - auch seiner Mitarbeitspflicht nachzukommen ⁴⁾.

1) Massfeller, Das gesamte Familienrecht, 1. Aufl. (1958), S. 310.

2) Amtl. Begründung, abgedr. bei Massfeller, Das gesamte Familienrecht, 1. Aufl. (1958), S. 78.

3) Staudinger-Hübner, Bem. 28 zu § 1356; Palandt-Lauterbach, Bem. 3 zu § 1356; Erman-Bartholomeyczik, Bem. 5 a.E. zu § 1356.

4) Vgl. Weimar, ArbuR 1956, 363.

2. DIE BEDEUTUNG DER TÄTIGKEIT DES BERECHTIGTEN EHEGATTEN FÜR DIE PFLICHT ZUR MITARBEIT (MITUNTERNEHMERSCHAFT UND ABHÄNGIGE ARBEIT)

An die Formulierung des Gesetzes, die Mitarbeit sei im Geschäft des anderen Ehegatten (früher des Mannes) zu leisten, knüpft sich die alte Streitfrage, ob die Verpflichtung auch dann besteht, wenn dieser Ehegatte an einem Geschäft lediglich beteiligt ist. Die h. M. in Lehre ¹⁾ und Rechtsprechung ²⁾ nimmt eine Arbeitsverpflichtung auch dann an, wenn ein Geschäft von einem Ehegatten gemeinsam mit einem Dritten, etwa als Gesellschafter einer OHG oder persönlich haftender Gesellschafter einer KG, betrieben wird. Ohne die vorausgegangene Entscheidung des RG ³⁾ zu erwähnen, vertrat demgegenüber das PrOVG ⁴⁾ die Auffassung, für die Frau des persönlich haftenden Gesellschafters einer KG bestehe keine Verpflichtung zur Mitarbeit aus § 1356 II BGB a. F. Seine Auffassung begründete der Gerichtshof mit der Überlegung, der Gesetzgeber könne nicht beabsichtigt haben, "daß die Ehefrau dazu beitragen (solle) durch eine unentgeltliche Tätigkeit den Gewinn der übrigen Gesellschafter zu steigern". Der BGH, der sich in seinem angeführten Urteil ⁵⁾ mit dieser Rechtsprechung auseinandersetzt, hält dafür, der bei § 1356 II BGB "ausschlaggebende Gedanke der ehelichen Lebensgemeinschaft (verbiete) eine Abgrenzung dahingehend, ob der (Ehegatte) allein oder ob er als Mitinhaber ein Geschäft führt". Der von den anderen am Geschäft Beteiligten aus der Mitarbeit des Ehegatten ihres Teilhabers gezogene Nutzen müsse außer Betracht bleiben und "rechtlich so gesehen werden, als ob er durch den (beteiligten Ehegatten) selbst herbeigeführt worden wäre" ⁶⁾.

Gegen diese Rechtsprechung bestehen einige Bedenken. Zuzugeben ist, daß man die Tatsache, daß auch Dritte an dem Geschäft des Unternehmerehegatten beteiligt sind, nicht in jedem Fall zum Anlaß nehmen kann, eine Arbeitsverpflichtung zu verneinen. Es muß aber gefordert werden, daß der Unternehmerehegatte sich selbst in dem Geschäft, in dem Mitarbeit geleistet werden soll, an leitender Stelle betätigt. In der Regel wird eine Arbeitsverpflichtung

-
- 1) Vgl. Soergel-Siebert-Vogel, Bem. 24 zu § 1356; mit Einschränkungen auch Staudinger-Hübner, Bem. 29 zu § 1356.
 - 2) RG JW 1909, 502; RGZ 148, 303 (308); BGH RzW 1963, 502 = FamRZ 1963, 343.
 - 3) JW 1909, 502.
 - 4) JW 1932, 1422 (1423).
 - 5) RzW 1963, 502 = FamRZ 1963, 343.
 - 6) BGH RzW 1963, 504.

nur dann bestehen, wenn der Unternehmerehegatte geschäftsführender Gesellschafter ist. Es genügt nicht, daß er lediglich von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter oder Kommanditist ist, auch wenn ihm als solchem Prokura erteilt sein sollte ¹⁾. Sind die genannten Voraussetzungen der Tätigkeit des Mitunternehmerehegatten gegeben und sind die Einlagen und Gewinnbeteiligungen der sonstigen Mitinhaber geringfügig, wird man eine Arbeitsverpflichtung nicht verneinen können ²⁾, weil in einem solchen Fall, ungeachtet der streng rechtlichen Zuordnung doch noch von einem "Geschäft des anderen Ehegatten" gesprochen werden kann ³⁾. Ist aber umgekehrt der Unternehmerehegatte nur in geringem Umfang an einem Geschäft beteiligt, wobei nicht allein auf die Höhe der Kapitaleinlagen, sondern auch auf die Gewinnbeteiligung abzustellen ist, so erscheint fraglich, ob hier noch eine Arbeitsverpflichtung angenommen werden kann. Bei Behandlung der Frage kann nicht nur, wie es das ProVG getan hat, die Unentgeltlichkeit der Arbeit entscheidendes Kriterium sein ⁴⁾. Man müßte nämlich dann möglicherweise zur Bejahung der Arbeitspflicht in diesen Fällen gelangen, wenn man die Arbeit nicht als grundsätzlich unentgeltlich annimmt ⁵⁾. Entscheidend ist vielmehr, daß der eigentliche Sinn der Arbeitsverpflichtung im Geschäft des Ehegatten nicht mehr verwirklicht werden kann, wenn dieser Ehegatte nur in geringem Maße Träger dieses Geschäfts ist. Die Ehegatten sollen im Interesse der ehelichen Verbundenheit gemeinsam tätig sein, soweit das Tätigkeitsfeld des einen Ehegatten dem räumlich-gegenständlichen Bereich der Eheleute zugeordnet werden kann ⁶⁾. Stillschweigende Voraussetzung dieser Arbeitsverpflichtung im Interesse eines Ehegatten ist, daß der Ertrag der Tätigkeit auch tatsächlich einem der Ehegatten, wenn auch nicht immer unmittelbar und in vollem Umfang, zugute kommen kann und nicht außerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft stehenden Personen. Insoweit als dem mitarbeitenden Ehegatten kein Entgelt, oder doch nicht

-
- 1) Dies ist nach h. M. zulässig; Weipert in RGRKomm. HGB, Bem. 12 zu § 125 und 8 zu § 170 mit Nachweisen; Baumbach-Duden, Bem. 2 B zu § 48 HGB.
 - 2) Die Möglichkeit einer solchen Annahme deutet das ProVG JW 1932, 1423 an.
 - 3) Sommer, aaO, S. 12 stellt mit Recht darauf ab, ob der (seinerzeit allein berechnete) Ehemann wirtschaftlich Eigentümer des Betriebes ist und bejaht eine Arbeitspflicht auch dann, wenn der Ehemann alleiniger Aktionär einer Aktiengesellschaft oder Inhaber einer Einmann-GmbH ist. Bei Mitinhaberschaft sind nach Sommer die Verhältnisse des Einzelfalles maßgebend.
 - 4) Vgl. Staudinger-Hübner, Bem. 29 zu § 1356 BGB.
 - 5) Zur Entgeltfrage s. unten S. 18 ff.
 - 6) Vgl. die frühere Fassung des § 1356 II BGB, wo dies darin zum Ausdruck kam, daß Hauswesen und Geschäft genannt sind.

unter allen Umständen ein Entgelt zukommt, wäre auch aus diesem Grunde eine Arbeitsverpflichtung in einem Geschäft, an dem der eine Ehegatte nur in geringem Maße beteiligt ist, zu verneinen. Das Gesagte bedeutet aber nun noch nicht, daß jede Mithilfeverpflichtung eines Ehegatten ausgeschlossen ist, wenn der andere Ehegatte an einem Geschäft lediglich geringfügig beteiligt ist. Soweit nämlich dieser Ehegatte in dem Geschäft tätig ist, kann sich eine Verpflichtung zur Mitarbeit als Verpflichtung zur Mithilfe im Beruf des anderen Ehegatten ergeben. Der § 1356 II BGB n.F. spricht nämlich ausdrücklich von Mitarbeit in Beruf oder Geschäft. Für § 1356 II BGB a.F., wo nur von Geschäft die Rede war, konnte mit einiger Berechtigung die Meinung vertreten werden, die Ehefrau sei nicht zur Mithilfe bei den Berufsarbeiten des Mannes verpflichtet, sondern nur, wenn dieser ein gewerbliches Unternehmen betreibe¹⁾.

Mit der Einführung des Begriffes "Beruf" wollte der Gesetzgeber ausdrücklich zwar offenbar nicht eine sachliche Umgestaltung oder Erweiterung der Arbeitspflicht anordnen, in den Gesetzgebungsmaterialien findet sich in dieser Richtung jedenfalls kein Hinweis²⁾. Vielmehr sollte wohl, was in der Rechtsprechung³⁾ bereits angenommen worden war, klargestellt werden, daß eine Arbeitspflicht auch dann besteht, wenn ein Ehegatte eine nichtgewerbliche Tätigkeit, einen sogenannten freien Beruf, ausübt. Betrachtet man aber Sinn und Zweck der Vorschrift, so kann heute nicht mehr zweifelhaft sein, daß eine Unterstützungspflicht in jedem Beruf, d. h. bei jeder zu Erwerbszwecken ausgeübten Tätigkeit besteht⁴⁾. Denn die Verpflichtung aus § 1356 II BGB als Ausdruck der ehelichen Verbundenheit fordert, dem anderen Ehegatten bei dessen Arbeit beizustehen, weshalb es nicht darauf ankommen kann, in welchen Formen sich diese Tätigkeit abspielt, ob mittelbar auch Aufgaben und Interessen anderer gefördert werden. Ist ein Ehegatte an einem Betrieb nicht überwiegend beteiligt, so ist die Mitarbeit nur dem Ehegatten bei seiner jeweiligen Tätigkeit zu leisten, sie ist nicht allgemein dem Betrieb zu erbringen. Ist jemand in einem Geschäft, an dem er nur in geringem Umfang beteiligt ist, mit der Buchhaltung befaßt, so mag zwar sein Ehegatte u. U. verpflichtet sein, ihm bei diesen Arbeiten zur Hand zu gehen, zu einer

1) Martin Wolff, Lehrbuch, 7. Bearb., S. 108; a. A. Dannenberg, aaO, S. 10, 11.

2) Während die Denkschrift I Hagemeyer, S. 24, 26 nur Geschäft und Betrieb nennt, enthält der Regierungsentwurf I (BT, 1. WP, Drucks. 3802) in § 1360 IV bereits die Formulierung Beruf oder Geschäft.

3) RG JW 1931, 3338 (Zahnarzt); RGZ 158, 380 (ärztl. betriebenes Röntgeninstitut); vgl. auch für das alte Recht BGH RzW 1961, 317 Nr. 25 (Arzt).

4) So schon für das alte Recht Opet-Blume, Bem. 4a zu § 1356; O. Müller, aaO, S. 19; Dannenberg, aaO, S. 10, 11.

Arbeit in einer anderen Abteilung des Betriebes wäre er nicht verpflichtet. Im einzelnen bestimmt sich eine Verpflichtung danach, ob sie als übliche angesehen werden kann.

Es bleibt noch die Frage zu prüfen, ob ein Ehegatte auch dann zur Mitarbeit verpflichtet ist, wenn er zusammen mit seinem Ehegatten selbst an einem Geschäft beteiligt ist. In erster Linie ist der Gesellschaftsvertrag maßgebend. Enthält dieser aber keine Bestimmungen und ist der eine Ehegatte kraft Gesellschaftsvertrags nicht zur Tätigkeit verpflichtet, so mag es zweifelhaft sein, ob der Ehegatte, der selbst in der Gesellschaft arbeitet, seinen Ehepartner gem. § 1356 II BGB zur Mitarbeit heranziehen kann - zur Mitarbeit in einem Unternehmen, das diesem zu einem Teil selbst gehört. Doch ist, da die Mitarbeitspflicht vor allem der ehelichen Verbundenheit Ausdruck geben soll, schwer einzusehen, warum diese eheliche Verpflichtung allein dadurch, daß der Ehegatte am Geschäft beteiligt ist, ausgeschlossen sein sollte. Die Formulierung des Gesetzes, das vom Geschäft des anderen Ehegatten spricht, steht dem hier ebenso wenig entgegen wie in den Fällen, wo ein Dritter am Geschäft beteiligt ist. Denn das Geschäft ist für den zur Mitarbeit aufgerufenen Ehegatten sowohl eigenes als auch Geschäft des anderen Ehegatten. Überdies bleibt die Pflicht, dem anderen Ehegatten in seinem Beruf durch Mitarbeit beizustehen, davon unberührt, daß ein Ehegatte seinen Beruf gerade in einem Geschäft ausübt, dessen Teilhaber der verpflichtete Ehegatte selbst ist. Dabei ist schließlich auch noch zu bedenken, daß die Teilhaberschaft eines Ehegatten neben dem in der Gesellschaft tatsächlich Tätigen oft nur aus besonderen Gründen besteht: Durch Erbfall, zur Sicherstellung der Familienkontinuität des Betriebes, um ein Gegengewicht gegenüber dritten Teilhabern herzustellen, auch aus steuerlichen Gründen wird ein Ehegatte Teilhaber, ohne oft eine eigentlich nähere Beziehung zu dem Betrieb zu haben. Besonders in solchen Fällen, in denen gewöhnlich der andere Ehegatte tatsächlich den Betrieb leitet und beherrscht, wäre es unbillig, einen Ehegatten einzig aus dem Grunde seiner Beteiligung von einer Pflicht freizustellen, die ihn sonst träfe. Daß es für die Mitarbeitspflicht nicht auf die formal-rechtliche Eigentümerschaft ankommen kann, erhellt auch daraus, daß nach der Rechtsprechung des BGH eine Mitarbeitspflicht auch dann besteht, wenn der Ehemann auf Grund seines Rechtes zur Verwaltung und Nutznießung im früheren gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung das der Ehefrau gehörende Geschäft in seinem Namen und auf seine Rechnung betrieb¹⁾. In einem solchen Fall, so führt der BGH aus, sei das Geschäft im Verhältnis zur Ehefrau Unternehmen des Mannes. Freilich ist die hier gezogene Parallele zum kraft Verwaltungsrechts betriebenen Geschäft deshalb nicht zwingend, weil der Ertrag des Geschäfts nur dem Ehemann zukommt,

1) Vgl. BGH RzW 1961, 393 (395).

während der am Geschäft beteiligte Ehegatte am Gewinn (und Verlust) teilnimmt.

In Entschädigungssachen nach dem BEG hat der BGH ¹⁾ ausgesprochen, auf die Frage, ob sich die Mitarbeit im Rahmen des § 1356 II BGB gehalten habe, sei nur dann einzugehen, wenn feststehe, daß der mitarbeitende Ehegatte im Betrieb oder Geschäftsbereich des anderen Ehegatten tätig war. Diese Stellungnahme des Gerichtshofs könnte so ausgelegt werden, als käme eine Verpflichtung aus § 1356 II BGB nicht in Betracht, wenn ein Ehegatte nach außen hin oder auch nur im Innenverhältnis zu seinem Ehepartner ²⁾ Mitinhaber des Betriebes ist. Da es sich bei den zur Entscheidung stehenden Fällen nicht so sehr um die Frage handelte, ob eine Arbeitspflicht überhaupt bestand, dürften die Ausführungen des Gerichtshofs wohl eher entschädigungsrechtlich zu verstehen sein: War ein Ehegatte als Mitinhaber eines Betriebes tätig, so steht ihm eine Entschädigung wegen Verdrängung aus einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu ³⁾, wohingegen nach feststehender Rechtsprechung ⁴⁾ Mitarbeit der Ehefrau im Unternehmen ihres Mannes im üblichen Rahmen des § 1356 II BGB a.F. keine entschädigungsfähige Erwerbstätigkeit i. S. der §§ 64-66 BEG darstellt. Nur bei Mitarbeit, die über den durch § 1356 II BGB a.F. geforderten Umfang hinausgeht, kommt eine Entschädigung dann in Betracht.

Handelte es sich in den soeben besprochenen Fällen immer um Unternehmer-Tätigkeiten des mitarbeitberechtigten Ehegatten, so bleibt die Frage, ob Mitarbeit auch dann geschuldet wird, wenn ein Ehegatte abhängige Arbeit leistet. Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß für § 1356 II BGB a.F. die Meinung vertreten wurde, die Ehefrau sei zur Mithilfe nur verpflichtet, wenn der Ehemann ein gewerbliches Unternehmen betreibe ⁵⁾. Mit Recht ist aber schon zu § 1356 II BGB a.F. darauf hingewiesen worden, daß kein Grund für die Annahme bestehe, "daß der Gesetzgeber den Männern aus den wirtschaftlich im allgemeinen besser als die Arbeitnehmer dastehenden Kreisen der Gewerbetreibenden und Landwirtschaft das Recht auf die Mitarbeit der Frau in ihrem Geschäft geben will, während den Arbeitnehmern dies Recht versagt sein soll" ⁶⁾. Nunmehr, wo das Gesetz ausdrücklich eine Arbeitspflicht nicht nur im Geschäft, sondern auch im Beruf des anderen Ehegatten anordnet, ist eine Beschränkung dieser Pflicht

1) RzW 1961, 393 (394); RzW 1963, 502 (503) = FamRZ 1963, 343.

2) Vgl. BGH RzW 1961, 393 (394); BGH FamRZ 1963, 343.

3) BGH RzW 1961, 393 (394).

4) Vgl. BGH: RzW 1959, 321; RzW 1961, 215; RzW 1961, 317; RzW 1963, 502.

5) Martin Wolff, Lehrbuch, 7. Bearb., S. 108.

6) Dannenberg, aaO, S. 10, 11; vgl. auch RFH StW 1931, Nr. 93.

auf selbständige Tätigkeiten des Ehegatten schon nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht geboten. Allerdings kann nicht übersehen werden, daß in all den Fällen, in denen ein Ehegatte nicht selbständiger Unternehmer oder in einem freien Beruf tätig ist, eine Mitarbeitspflicht deshalb sehr oft nicht in Frage kommt, weil sie nach der Eigenart der Tätigkeit des arbeitenden Ehegatten tatsächlich und rechtlich ausgeschlossen ist. Ist ein Ehegatte als Arbeitnehmer in einem Betrieb eingegliedert und leistet er räumlich in diesem Betrieb seine Arbeit, so verbietet sich eine Mitarbeit schon wegen dieser besonderen Organisationsform, in der er seinen Beruf ausübt ¹⁾. Auch dann, wenn er Arbeiten außerhalb des Betriebes erledigt, etwa Akten zur Bearbeitung nach Hause nimmt oder außerhalb des Betriebes als Handlungsgehilfe tätig ist, kann es ihm aus rechtlichen Gründen, etwa der Verschwiegenheitspflicht, untersagt sein, seinen Ehegatten zur Mithilfe heranzuziehen. Wohl aber kann gerade in den letztgenannten Fällen des unselbständigen "Handelsvertreters" durchaus eine Mitarbeitspflicht des anderen Ehegatten in Betracht kommen, die etwa die Betreuung vorsprechender oder anrufender Kunden, die Erledigung der Geschäftspost o. ä. umfassen kann. Auch in Heimarbeits- ²⁾, Instleute- und Hausmeister-Verhältnissen ³⁾ wird häufig eine Mitarbeitspflicht bestehen.

Dabei ist im Auge zu behalten, daß es sich bei der Pflicht zur Mitarbeit nicht so sehr darum handelt, daß durch die Mithilfe ein höheres Einkommen der Ehegatten erzielt wird, als vielmehr darum, aus der ehelichen Verbundenheit heraus, dem Ehegatten helfend, seine Arbeitsbelastung mindernd beizustehen. Vielfach ist in Verhältnissen der hier behandelten Art seitens des Arbeitgebers die Arbeitsaufgabe von vornherein so eingerichtet, daß sie nur unter Mithilfe des Ehegatten überhaupt bewältigt werden kann. Der Arbeitgeber erwartet und rechnet damit, daß der Ehegatte mitarbeitet ⁴⁾. Dabei kann es durchaus so sein, daß zwischen dem Arbeitnehmerehegatten und dem Arbeitgeber ausdrücklich ein Dienstverschaffungsvertrag hinsichtlich der Dienste des Ehegatten abgeschlossen wird; die Mitarbeitspflicht des Ehegatten im Innenverhältnis beruht aber i. d. R. auf § 1356 II BGB ⁵⁾. Nicht selten wird auch bei der Bemessung des Lohnes, der dem Arbeitnehmerehegatten gezahlt wird, berücksichtigt, daß nicht allein der in einem unmittelbaren Vertragsverhältnis zum Arbeitgeber stehende Ehegatte die Arbeitsauf-

1) Staudinger-Hübner, Bem. 29 zu § 1356.

2) Vgl. Staudinger-Hübner, Bem. 29 zu § 1356.

3) Vgl. dazu Dannenberg, aaO, S. 12, 19.

4) Vgl. RVA, Anleitung, AN 1900, 298 (Zfr. 32); RVA, Anleitung über den Kreis der nach der RVO ... versicherten Personen v. 26. 4. 1912, d. O., o. J., Ziff. 14.

5) Vgl. Dannenberg, aaO, insbes. S. 19, 58.

gabe erfüllt, sondern auch der andere Ehegatte ¹⁾. Die Tatsache, daß ein Ehegatte als abhängiger Arbeitnehmer tätig ist, schließt also eine Arbeitsverpflichtung seines Ehegatten nicht aus, wenn sie auch aus tatsächlichen Gründen nur in Ausnahmefällen praktisch werden wird.

3. DIE ART DER GESCHULDETEN MITARBEIT (HILFSDIENSTE, LEITENDE TÄTIGKEIT)

Es ist nunmehr die Frage zu behandeln, welche Arten von Arbeit im Rahmen des § 1356 II BGB geschuldet werden. Es handelt sich hier darum, was unter dem Begriff Mitarbeit zu verstehen ist ²⁾, während die Frage, welche Art Arbeit im Einzelfall verlangt werden kann, nach dem Kriterium der Üblichkeit zu beurteilen ist. Übereinstimmung herrscht, daß in Vollziehung der ehelichen Arbeitspflicht nicht nur rein mechanische oder gar untergeordnete manuelle Hilfsdienste zu leisten sind ³⁾. Vielmehr können durchaus im Einzelfall auch qualifizierte Arbeiten, die eine gewisse Ausbildung voraussetzen, geschuldet sein ⁴⁾, wie z.B. kaufmännische Arbeiten ⁵⁾, Buchhaltungsarbeiten in einem Steuerberaterbüro ⁶⁾, die Mitarbeit in einem Röntgeninstitut ⁷⁾ oder als Sprechstundenhilfe eines Arztes ⁸⁾. Man wird sogar noch weitergehen können und es nicht für ausgeschlossen halten, daß für einen Ehegatten auf Grund § 1356 II BGB die Verpflichtung entstehen kann, sich unter Anleitung seines Ehepartners auf einem Arbeitsgebiet gewisse Fähigkeiten anzueignen. Freilich kann es sich dabei nicht darum handeln, eine schwierige und spezialisierte Ausbildung im Rahmen der Arbeitspflicht zu absolvieren, jedoch dürfte in gewissen Handwerkszweigen, z.B. in einer Schneiderei oder Schuhreparaturwerkstatt, in der Landwirtschaft und bei gewissen Heimarbeiten es nicht zulässig sein, daß ein Ehegatte sich unter Hinweis auf mangelnde Befähigung jeder noch so einfach und schnell zu erlernenden Mitarbeit entzieht.

1) Vgl. RVA, Anleitung, AN 1900, 298 (Zfr. 32); RFH StW 1931, Nr. 93; Dannenberg, aaO, S. 58.

2) Staudinger-Hübner, Bem. 36 ff. zu § 1356.

3) Vgl. z.B. Staudinger-Hübner, Bem. 36 zu § 1356; Palandt, Bem. 3 zu § 1356; RGSt. 52, 279.

4) Vgl. RGZ 64, 323 (326); Krüger-Breetzke-Nowack, Bem. 21 zu § 1356 BGB.

5) Vgl. RAGE 23, 80.

6) Vgl. BGH FamRZ 1963, 429.

7) Vgl. RGZ 158, 380.

8) Vgl. BGH RZW 1961, 317.

Eine Streitfrage ist es noch immer, ob ein Ehegatte nur zu weisungsgebundenen Hilfeleistungen oder gegebenenfalls auch zur Übernahme von selbständigen Leitungsfunktionen, etwa in einem Betrieb oder Betriebsteil, verpflichtet ist. Für § 1356 II BGB a.F. wurde angenommen, grundsätzlich sei die Ehefrau nur zu weisungsgebundenen Hilfeleistungen verpflichtet¹⁾. Nur ganz außergewöhnliche Verhältnisse, etwa die Einziehung des Ehemannes zum Kriegsdienst, sollten geeignet sein, die Mitarbeitspflicht dahin zu erweitern, daß die Ehefrau gehalten sei, die Leitung eines Geschäfts zu übernehmen²⁾. Für die alte Fassung des § 1356 BGB scheint die Beschränkung auf Hilfsdienste berechtigt zu sein. Bestimmte doch § 1356 BGB in seinem Abs. 1, daß die Frau, unbeschadet der Vorschriften des § 1354, berechtigt und verpflichtet sei, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten. Dagegen sollte sie nach Abs. 2 des § 1356 zu Arbeiten im Hauswesen und Geschäft des Ehemannes nur verpflichtet sein, soweit eine solche Tätigkeit üblich war. Das Gesetz versteht also, wie die Gegenüberstellung von Leitung und Arbeit im Hauswesen nahelegt, unter Arbeiten i. S. von § 1356 II BGB a.F. eine untergeordnete Tätigkeit. Auch die Motive³⁾ sprechen in Zusammenhang mit der Mitarbeitspflicht von einer "Hilfeleistung" der Frau. Hinsichtlich § 1356 II BGB n.F. können aber diese Gründe für die Annahme, es würden nur untergeordnete Hilfeleistungen geschuldet, nicht mehr ins Feld geführt werden. Die Frage ist gleichwohl weiter kontrovers geblieben. Während ein Teil der Rechtsprechung und Lehre weiter die Meinung vertritt, auf Grund von § 1356 II BGB n.F. könnten nur weisungsgebundene Hilfeleistungen gefordert werden⁴⁾, mehren sich die Stimmen, die dafür eintreten, die Mitarbeitspflicht erstrecke sich auch auf gleichgeordnete leitende Tätigkeiten⁵⁾. Ausgehend davon, daß Mitarbeit sich grundsätzlich auch in gleichgeordneter Tätigkeit auswirken kann, wird man zu sachgerechten Ergebnissen gelangen können, wenn man die Streit-

1) Vgl. RGSt. 52, 279; RGZ 133, 382; RAGE 23, 90; BGH FamRZ 1963, 280; Planck, Bem. 4 zu § 1356; Frey, ArbuR 1953, 114; anders aber hinsichtlich der Kindesarbeit gem. § 1617: RGZ 162, 116.

2) So RGZ 133, 381 (382).

3) Bd. IV, S. 107.

4) BGH FamRZ 1962, 357 (358); BGH FamRZ 1963, 281; Palandt, Bem. 3 zu § 1356; Soergel-Siebert-Vogel, Bem. 20 zu § 1356; Schönle, BB 1958, 410. Offengelassen wurde die Frage für § 1356 II BGB n.F. noch vom BGH FamRZ 1963, 280.

5) BVerfGE 13, 290 (311); Staudinger-Hübner, Bem. 37 zu § 1356; Krüger-Breetzke-Nowack, Bem. 21 zu § 1356; Nikisch, Lehrbuch, 3. Aufl., Bd. I, S. 109; Gernhuber, FamRZ 1958, 243 (249); Wägenbaur, JZ 1958, 396 f.; Siebert, StBerJb. 1958/59, 209 (214).

frage, wie das auch das RG offensichtlich getan hat ¹⁾, unter dem Gesichtspunkt der Üblichkeit beurteilt ²⁾. In der Regel wird es nicht üblich sein, daß von einem Ehegatten die Übernahme der Leitung eines Betriebes verlangt werden kann. Während vorübergehender Krankheit, begründeter zeitweiliger Abwesenheit des Unternehmerehegatten ³⁾ und in ähnlichen außergewöhnlichen Verhältnissen kann aber, soweit ein Ehegatte ausbildungsmäßig dazu überhaupt in der Lage ist, die Arbeitspflicht auch die Leitung eines Betriebes beinhalten, i. d. R. aber nur, wenn diese Tätigkeit ihn nicht vollzeitig beansprucht ⁴⁾.

4. DAS MERKMAL DER "ÜBLICHKEIT"

Die Entscheidung darüber, ob im Einzelfall Mitarbeit zu leisten ist, richtet sich danach, ob sie "nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist" (§ 1356 II BGB n. F.). Die Auslegung des Begriffes der Üblichkeit wird damit zum entscheidenden Kriterium, wann immer die Frage der familienrechtlichen Mitarbeit gestellt wird.

Der Begriff der Üblichkeit i. S. von § 1356 II BGB wird konkretisiert und eingeschränkt dadurch, daß nicht eine Allgemeinüblichkeit entscheidender Gesichtspunkt ist, es vielmehr auf eine Üblichkeit ankommt, die nach den "Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben", näher zu bestimmen ist. Zunächst ist also festzustellen, ob bei Ehen gleicher sozialer Stellung und gleicher Situation ⁵⁾ Mitarbeit zu leisten wäre. Als dann ist Bedacht zu nehmen auf die den Ehegatten eigentümlichen Verhältnisse, zu berücksichtigen sind "individuelle aus den konkreten Lebensverhältnissen der jeweiligen Ehegatten entspringende Umstände" ⁶⁾. In einem notwendigerweise abstrahierenden Prozeß ist dann generalisierend die Üblichkeit unter diesen besonderen Bedingungen zu ermitteln. Üblichkeit i. S. von § 1356 II BGB ist also objektiv-subjektiv ⁷⁾, generell-individuell zu bestimmen.

1) Vgl. RGZ 133, 382 f.

2) BVerfG 13, 290 (311); offenbar auch BGH FamRZ 1963, 280.

3) Vgl. RGZ 133, 381.

4) Vgl. BGH FamRZ 1963, 281: Hier hatte Landwirt-Ehemann den Hof seiner Frau bewirtschaftet, offenbar vollzeitig. Der BGH lehnte die Annahme ab, dies sei in Erfüllung der Arbeitspflicht geschehen.

5) Staudinger-Hübner, Bem. 32 zu § 1356.

6) BGH FamRZ 1963, 429 (431).

7) Vgl. Leers, aaO, S. 50.

men¹⁾. Das zu ermittelnde Übliche wird somit zu etwas Besonderem, Einzelem; das für das Eigenartige Übliche gilt es zu finden²⁾. Zum Begriff der Üblichkeit gehört, daß Ausnahmslosigkeit nicht erforderlich ist, "nur dürfen die Ausnahmen nicht das Vorhandensein einer erheblich überwiegenden Regelmäßigkeit und Allgemeinheit ausschließen"³⁾.

Etwas abweichend hat der BGH⁴⁾ ausgesprochen, eine Mitarbeit könne schon dann üblich sein, wenn sie nicht als außergewöhnlich angesehen werde. Es sei nicht erforderlich, daß in einem bestimmten Berufszweig die Ehefrauen der Geschäftsinhaber überwiegend oder in weitem Umfang mittätig seien. Diese Ausführungen sind zumindest mißverständlich formuliert, denn unter dem "Üblichen" ist schon rein sprachlich etwas Verbreitetes, häufig Vorfindbares, Gewöhnliches zu verstehen, und das ist um eine Nuance mehr als das lediglich nicht Außergewöhnliche. Man wird aber die Definition des BGH durchaus auch im Einklang mit dem bereits Gesagten auslegen können. Da Üblichkeit i. S. von § 1356 II BGB nicht bloß ein objektiv-generelles Merkmal ist, ist es durchaus zutreffend, daß es nicht allein darauf ankommt, ob in einem bestimmten Berufszweig überwiegend oder in weitem Umfang mitgearbeitet wird. Vielmehr ist zu untersuchen, ob in einem Berufszweig bei Vorliegen der besonderen zu berücksichtigenden Verhältnisse der Eheleute gewöhnlich, zumindest aber häufig, mitgearbeitet wird. Die durch Verallgemeinerung bestimmter besonderer, eigenartiger Umstände zu treffende Feststellung der Üblichkeit kann sehr oft nur gedanklich vollzogen werden, auf einen tatsächlichen Befund wird sie sich wegen der Vielzahl einmalig vorliegender Faktoren, die jeweils zu berücksichtigen sind, weniger stützen können. Deshalb spricht, wenn klagestellt ist, daß in einem gewissen Berufszweig Mitarbeit nicht außergewöhnlich ist, eine Wahrscheinlichkeit dafür⁵⁾, daß sie unter gewissen Verhältnissen sogar gewöhnlich und überwiegend ausgeübt wird. Die Rücksicht, die bei Bestimmung des Üblichen auf die Verhältnisse zu nehmen ist, in denen die Ehegatten leben, bedeutet auch, daß nur solche Mitarbeit üblich sein kann, die sich in den Grenzen des Zumutbaren hält⁶⁾. Einige Faktoren, die bei

1) Vgl. Siebert, StBerJb. 1958/59, 209 (213): "Die Bestimmung des Üblichen hat nach generellen und individuellen Gesichtspunkten zu erfolgen".

2) Vgl. Schultzenstein, JW 1922, 758 (759).

3) Schultzenstein, JW 1922, 758.

4) RzW 1961, 317; FamRZ 1963, 429 (431).

5) Mehr meint auch der BGH, aaO, nicht, wenn er ausführt, Mitarbeit könne schon dann üblich sein, wenn sie nicht als außergewöhnlich angesehen werde.

6) RG SeuffArch. 93, Nr. 115; BGH FamRZ 1963, 429 (431); Staudinger-Hübner, Bem. 33 zu § 1356 BGB; vgl. auch Krüger-Breetzke-Nowack, Bem. 23 zu § 1356 BGB; Auswüchse der üblichen Mitarbeit müsse die Rechtsprechung auf ein erträgliches Maß reduzieren.

der Beurteilung der Üblichkeit nicht unberücksichtigt bleiben können, sollen im Folgenden genannt werden.

Von großer Bedeutung ist, wie schon angeklungen ist, in welchem Berufszweig Mitarbeit geleistet werden soll. Im Bäcker- und Fleischerhandwerk ¹⁾, in Friseur- ²⁾ und Einzelhandelsgeschäften ³⁾ ist Mitarbeit besonders verbreitet, ebenso wie im Gastwirtsgewerbe ⁴⁾ und der bäuerlich betriebenen Landwirtschaft ⁵⁾. Aber auch in einer Anwaltskanzlei ⁶⁾, einem Steuerberatungsbüro ⁷⁾ oder in einer ärztlichen Praxis kann Mitarbeit üblich sein ⁸⁾.

Es kommt ferner für die Frage, ob Mitarbeit üblich ist, auf die Größe und die Schwierigkeit eines Betriebes an; in größeren Betrieben wird Mitarbeit weniger üblich sein als in kleineren oder höchstens mittelgroßen ⁹⁾. Nicht ohne Einfluß sind auch die allgemeinen politischen und wirtschaftlichen Zeitverhältnisse auf die Bestimmung der Üblichkeit, soweit sie sich in einem Berufszweig oder in den individuellen Lebensverhältnissen der Ehegatten auswirken ¹⁰⁾.

Von Erheblichkeit ist auch, welchen Geschlechts der Ehegatte ist, von dem Mitarbeit verlangt wird. Die Mitarbeit des Mannes wird wohl (noch) weniger üblich sein, als die der Frau ¹¹⁾. Insbesondere die Entwicklung und Ausbreitung der weiblichen Berufstätigkeit im allgemeinen und vornehmlich im Gefolge der beiden Kriege kann nicht außer acht gelassen werden ¹²⁾. Bedeutsam für die Beurteilung der Üblichkeit sind, wenn man nun die mehr individuell zu bestimmenden Gesichtspunkte betrachtet, zunächst einmal die wirtschaftlichen Verhältnisse

-
- 1) Vgl. RAGE 23, 80 (88); BGH, AP Nr. 1 zu § 1356 BGB = FamRZ 1961, 212; BGH, RzW 1961, 393 (395).
 - 2) Vgl. BGH AP Nr. 1 zu § 1356 BGB; SchlHOLG SchlHA 1957, 98 f.
 - 3) Vgl. BGH AP Nr. 1 zu § 1356 BGB.
 - 4) Vgl. BGHZ 8, 250.
 - 5) Vgl. BGH AP Nr. 1 zu § 1356 BGB; BGH FamRZ 1961, 301 f.
 - 6) Vgl. BGH VersR 1959, 833 (835).
 - 7) Vgl. BGH FamRZ 1963, 429.
 - 8) BGH RzW 1961, 317; a. A. für freie Berufe Lenski, BB 1957, 1236 (1238).
 - 9) Vgl. RAGE 23, 80 (88); PrOVG RuPrVerwBl. 52, 993 (994); RGZ 133, 381 (383); BGH AP Nr. 1 zu § 1356 BGB.
 - 10) Vgl. RGZ 133, 381; Kriegsdienst des Ehemannes.
 - 11) Vgl. dazu Scheffler, DRiZ 1953, 85 (88); Gernhuber, FamRZ 1958, 243.
 - 12) Vgl. RGZ 133, 381 (382 f.); BGH RzW 1961, 393 (395); BGH FamRZ 1963, 429 (431).

se der Ehegatten, z.B. etwaige Schulden. Erlauben die Einkommensverhältnisse der Ehegatten und die Ertragslage des Betriebes die Einstellung einer bezahlten Hilfskraft, so kann, braucht aber keineswegs ¹⁾, eine Mitarbeit nicht mehr üblich zu sein ²⁾.

Des weiteren sind Herkunft und Neigungen ³⁾ sowie insbesondere die beruflichen Fähigkeiten und Fertigkeiten des zur Mitarbeit berufenen Ehegatten von Bedeutung ⁴⁾. Berücksichtigung erfahren müssen auch die sonstigen Pflichten des Ehegatten, der zur Mitarbeit herangezogen werden soll, insbes. die Pflichten der Ehefrau im Haushalt und bei der Kinderbetreuung. Die Berücksichtigung dieser Aufgaben kann dazu führen, eine sonst gebotene Mitarbeitspflicht einzuschränken oder ganz wegfallen zu lassen ⁵⁾. In diesem Zusammenhang sind Zahl und Alter der Kinder oder pflegebedürftiger Angehöriger ⁶⁾ sowie der Umstand, ob für die Hausarbeit Hilfskräfte zur Verfügung stehen ⁷⁾, von besonderer Wichtigkeit.

Die Üblichkeit wird ferner auch bestimmt durch die körperliche Leistungsfähigkeit und das Alter des zur Mitarbeit Berufenen ⁸⁾.

Maßgebend für die Beurteilung der Üblichkeit ist der Zeitpunkt, zu dem die Mitarbeit geleistet wird bzw. werden soll ⁹⁾. Ändern sich jedoch die Verhältnisse, insbesondere die mehr individuell bestimmten, so kann das zur Einschränkung oder Erweiterung der Üblichkeit der Mitarbeit führen ¹⁰⁾. Auch ganztätige regelmäßige Mitarbeit kann üblich sein ¹¹⁾, ebenso wie eine Tätigkeit außerhalb des Wohn- und Aufenthaltsortes der Ehegatten ¹²⁾.

1) Vgl. BGH FamRZ 1963, 429 (431).

2) Vgl. RG HRR 1939 Nr. 1221; RAGE 23, 80 (89); BGH AP Nr. 1 zu § 1356 BGB; BGH VersR 1959, 833 (835).

3) RG HRR 1939 Nr. 1221; BGH RzW 1961, 317 f.: Arzttochter mit Arzt verheiratet; Eißer, FamRZ 1959, 177 (183).

4) Vgl. RGZ 64, 323 (326); RGZ 133, 381 (383); RAGE 23, 80 (88); BGH FamRZ 1963, 429 (431); Berufsfremdheit spräche zunächst gegen Üblichkeit.

5) Vgl. RGZ 133, 381 (383); RG HRR 1939 Nr. 1221.

6) Vgl. BGH AP Nr. 1 zu § 1356 BGB; BGH FamRZ 1963, 429 (431).

7) Vgl. RAGE 23, 80 (89); BGH RzW 1961, 317.

8) RG SeuffArch. 93 Nr. 115; RGZ 133, 381 (383); RAGE 23, 80 (88).

9) Siebert, StBerJb. 1958/59, 209 (213); Schultzenstein, JW 1922, 758 (759); RGZ 64, 323 (326); BGH RzW 1961, 317.

10) RGZ 133, 381 (382); RG HRR 1939 Nr. 1221; RAGE 23, 80 (89); BGH FamRZ 1963, 429 (431).

11) ProVG RuPrVerwBl. 52, 993 (994); BGH AP Nr. 1 zu § 1356 BGB; BGH RzW 1961, 393 (395).

12) RG HRR 1939, Nr. 1221.

III. MITARBEIT UND ENTGELT

1. DAS FEHLEN EINER AUSDRÜCKLICHEN REGELUNG DER ENTGELTFRAGE IM GESETZ

Die folgende Erörterung des Problems von Mitarbeit und Entgelt ist nicht nur unerläßlicher Bestandteil der Beschreibung der familienrechtlichen Arbeitspflicht, sondern auch von wesentlicher Bedeutung für das Problem der Arbeitsverhältnisse unter Ehegatten.

Es war lange, bis zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgrundsatzes, einhellige Meinung, daß Mitarbeit, die lediglich auf Grund und in den Grenzen des § 1356 II BGB erbracht wurde, einen Entgeltanspruch nicht auslöse¹⁾. Diese Auffassung galt als so selbstverständlich, daß eine Begründung für die Annahme der Unentgeltlichkeit i. d. R. gar nicht gegeben wurde²⁾, was angesichts des Schweigens des Gesetzes über die Entgeltfrage auch naheliegt³⁾. Mitunter wurde die Unentgeltlichkeit auch damit begründet, die Mitarbeit trage vom Gesetz unterstellten ideellen Charakter⁴⁾, eine Abgeltung erfahre die Mitarbeit dadurch, daß den Mann gem. § 1360 BGB a. F. gegenüber der Frau eine von deren Bedürftigkeit unabhängige unbedingte Unterhaltspflicht treffe⁵⁾. Dem möglichen Gegenargument, die verschärfte Unterhaltspflicht stelle nur einen Ausgleich für das dem Mann im gesetzlichen Güterstand der Nutzverwaltung zustehende Nutznießungsrecht dar, begegnet Oertmann⁶⁾ mit dem Hinweis, daß die unbedingte Unterhaltspflicht in jedem Güterstand, insbesondere auch bei Gütertrennung, Platz greife.

-
- 1) Vgl. z. B. RGZ 64, 323 (326); RGZ 158, 380 (383); RG SeuffArch. 93 Nr. 115; RAGE 23, 80; Planck-Unzner, 4. Aufl. 1928, Bem. 7 zu § 1356; Staudinger-Engelmann-Keidel, 9. Aufl. (1926), Bem. 6 zu § 1356; Palandt, 9. Aufl. (1951), Bem. 3 zu § 1356; Erman, 1. Aufl. (1952), Bem. 2 zu § 1356; Schwenk, ArbG 1930, 53 (55); Franke, RArbBl. II, 1933, 274 (275). Auch v. Scanzoni JW 1932, 1349 f., der diesen Rechtszustand heftig kritisiert, bezeichnet ihn aber "streng juristisch" als richtig.
 - 2) Dieselbe Feststellung trifft auch Wägenbaur, FamRZ 1958, 399.
 - 3) Vgl. Franke, RArbBl. II, 1933, 274 (275), der ausführt: "mangels gesetzlicher Anordnung und auch jedes sonstigen Rechtsgrundes" habe die mitarbeitende Ehefrau keinen Anspruch auf Entgelt.
 - 4) Vgl. Franke, RArbBl. II, 1933, 274 (275).
 - 5) Vgl. Oertmann, DJZ 1911, 127 f.; Knur, DNotZ 1953, 229 (234).
 - 6) DJZ 1911, 124 (128).

Schon frühzeitig erhoben sich Stimmen, die de lege ferenda für eine bessere Stellung gerade der mitarbeitenden Frau in vermögensrechtlicher Beziehung eintraten. Oertmann sah es bereits 1911 in seinem schon erwähnten Aufsatz ¹⁾ als "eine sittliche und auf Dauer auch politische Notwendigkeit" an, der Tatsache Rechnung zu tragen, daß dann, wenn der Mann während der Ehe sein Vermögen vergrößere, "nach der typischen Sachlage auch die Frau einen Teil des Erfolges, des Verdienstes sich zuschreiben" könne. Die Frau müsse somit an den "Erübrigungen", aber auch nur soweit solche getätigt worden seien: "für eine feste Vergütung (sei) kein Raum", beteiligt werden, etwa in Höhe von einem Viertel.

Insbesondere aber auf den Deutschen Juristentagen 1924 in Heidelberg und 1931 in Lübeck wandte man sich dem Problem der Teilhabe der Frau an dem nicht zuletzt auch durch ihre Mitarbeit erzielten Vermögenszuwachs in der Ehe zu und bemühte sich um Vorschläge, wie diese Beteiligung zu bewerkstelligen sei ²⁾. Am geltenden Rechtszustand änderte sich jedoch zunächst nichts.

Neuen Auftrieb erhielten die Bemühungen um eine Verbesserung der wirtschaftlichen und vermögensrechtlichen Stellung der Frau - und damit stand auch die Abgeltung der familienrechtlichen Mitarbeit zur Erörterung - erst wieder, nachdem in das Bonner Grundgesetz der Gleichberechtigungsgrundsatz (Art. 3 II GG) aufgenommen worden war. Gegenüber den Bestrebungen, die wirtschaftliche Besserstellung der Frau auf güterrechtlichem oder erbrechtlichem Wege herbeizuführen ³⁾, was eine Gleichsetzung der mitarbeitenden Frau mit der Nur-Hausfrau und Mutter bedeutet ⁴⁾, wurde aber auch gefordert, die Mitarbeit in Beruf oder Geschäft müsse eine gesonderte Bewertung erfahren ⁵⁾. Eine besondere Vergütung der Mitarbeit sei zumindest in allen den Fällen angezeigt, in denen die Arbeit nicht, wie in nicht wenigen ganz kleinen Betrieben, ihren Lohn in der Verbesserung der Lebenshaltung der Eheleute finde und ein weiterer Erfolg der Mitarbeit gar nicht eintrete, weil die Frau, erhalte sie eine Vergütung, diese doch wieder als ihren Unterhalts-

1) DJZ 1911, 124 (129).

2) Vgl. 33. DJT: Kipp, 33. DJT, S. 325 ff. insbes. S. 326 f.; S. 344 ff., insbes. S. 351; Wieruszowski, 33. DJT, S. 331 ff., 334, 337 ff., 357 ff., insbes. 359, 363, 367 ff.; Munk, 33. DJT S. 339 ff., S. 369 ff. 36. DJT: Rebstein-Metzger, 36. DJT Bd. I, S. 540 ff., insbes. 568 f.; Dronke, 36. DJT Bd. 1, S. 592 ff.; Schultz, 36. DJT Bd. 2, S. 82 ff., insbes. S. 88.

3) Vgl. insbes. Bosch, DNotT 1952, 102; Maßfeller, ebda, S. 91.

4) Ausdrücklich für eine solche Gleichsetzung Hagemeyer, DNotT 1952, 71; Maßfeller, ebda, 91.

5) Vgl. Knur, DNotT 1952, 50, 63 f.; Maier-Reimer, DRZ 1950, 291; Hübner, 14. Beih. zur DRZ, S. 71 ff.; Ulmer, 38. DJT, B 36 f.

beitrag zur Verfügung stellen müsse ¹⁾).

Der Bundesgesetzgeber versagte es sich, die Entgeltfrage bei Mitarbeit ausdrücklich zu regeln. Offenbar hielt er dafür, das Problem durch die Einführung des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft grundsätzlich gelöst zu haben ²⁾, was bedeutet, daß er sich denjenigen anschloß, die eine unterschiedliche Behandlung von Hausfrau und Mutter einerseits und mitarbeitenden Ehegatten andererseits ablehnten ³⁾. Im schriftlichen Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht ⁴⁾ wurde nämlich ausgeführt, die Mitarbeit sei, soweit sie das übliche Maß nicht übersteige, unentgeltlich zu leisten; § 1356 II BGB n.F. schließe es aber nicht aus, das Verhalten der Ehegatten als stillschweigenden Abschluß einer Innengesellschaft ⁵⁾ auszulegen. Unter welchen Umständen eine derartige Auslegung des Gesetzes im Rahmen der Zugewinnngemeinschaft möglich sei, solle - so der Bericht - der Rechtsprechung überlassen bleiben.

Angesichts dieser ausweichenden Stellungnahme des Gesetzgebers ⁶⁾ zu den Fragen der Abgeltung der Mitarbeit blieb das Entgeltproblem weiter umstritten. Die zivilrechtliche Rechtsprechung hält daran fest, Mitarbeit, die nicht über den in § 1356 II BGB n.F. festgelegten Umfang hinausgehe, sei unentgeltlich zu erbringen ⁷⁾. Auch in der Literatur wird dieser Standpunkt noch wohl überwiegend vertreten ⁸⁾. Dagegen mehren sich die Stimmen, die schon de lege lata eine Entgelt-

- 1) Vgl. Hübner, 14. Beih. zur DRZ, S. 70 f.; Knur, DNotZ 1953, 234; Ulmer, 38. DJT, B 38.
- 2) In Regierungsentwurf II des GleichberG wurde die Zugewinnbeteiligung und damit die Ablehnung der Gütertrennung u. a. unter dem Gesichtspunkt begründet, der Zugewinn beruhe "auf der Mitarbeit des anderen Ehegatten" (s. bei Maßfeller, Das gesamte Familienrecht (1958), S. 132, 111 f.).
- 3) Vgl. oben S., 19.
- 4) Deutscher Bundestag, 2. W.P., zu Drucks. 3409, S. 36.
- 5) Dies im Anschluß an BGHZ 8, 249.
- 6) Bosch, FamRZ 1958, 84 spricht davon, das "schwierige Thema, Dienst- und Gesellschaftsverträge unter Ehegatten" werde durch die Neuregelung des § 1356 II "wohl noch erschwert".
- 7) Ausdrücklich; BGH FamRZ 1962, 357 (358); BGH FamRZ 1963, 281; vgl. auch LG Konstanz, FamRZ 1962, 260 und neuerdings BGH FamRZ 1967, 209 f.
- 8) Vgl. Palandt-Lauterbach, Bem. 3 zu § 1356; Erman-Bartholomeyczik, Bem. 6 zu § 1356; Beitzke, Lehrbuch, 13. Aufl., S. 51; Reinicke, NJW 1957, 935; Finke, MDR 1957, 451; Wägenbaur, JZ 1958, 396; Bobrowski, Rpfleger 1959, 12; Schönle, BB 1958, 407 (410); Eißer, FamRZ 1959, 177 (183); Leuze/Ott, FamRZ 1965, 15 (25).

lichkeit auch der Arbeit im Rahmen des § 1356 II BGB n.F. für grundsätzlich angezeigt halten. Zwar sollen unbedeutende Hilfeleistungen nach wie vor unentgeltlich zu erbringen sein¹⁾, aber auch nur übliche Mitarbeit könne grundsätzlich nicht mehr ohne Vergütung bleiben. Als Grundlage eines Vergütungsanspruchs zieht man teilweise ausdrücklich oder stillschweigend geschlossene Arbeits- oder Gesellschaftsverträge in Betracht²⁾. Daneben stehen aber Bemühungen in der Literatur, einen Vergütungsanspruch zu begründen, ohne den Weg über die oft nur eine Fiktion darstellenden stillschweigenden Vereinbarungen³⁾ zu gehen. Eine kritische Auseinandersetzung mit diesen Lösungsversuchen soll im Folgenden versucht werden.

2. DIE VORSCHLÄGE ZUR LÖSUNG DES ENTGELTPROBLEMS (DARSTELLUNG UND KRITIK)

a) Die Lösung der Entgeltfrage über § 1353 BGB

aa) § 1353 BGB als Anspruchsnorm

Gernhuber⁴⁾ meint, die Pflicht des durch die Mitarbeit begünstigten Ehegatten, den anderen Ehegatten an den Ergebnissen der Mitarbeit teilnehmen zu lassen, folge aus § 1353 BGB. Der durch § 1353 BGB gebotene Ausgleich sei unabhängig davon, ob sich die Mitarbeit im Rahmen des Üblichen gehalten habe oder nicht⁵⁾, die Vorschrift des § 1353 sei der Anwendung im ehelichen Vermögensrecht durchaus zugänglich⁶⁾ und auch elastisch genug, um unter Abwägung aller Umstände zu sachgerechten Ergebnissen zu kommen⁷⁾. Im Einzelfall könnten die Unterhalts-

-
- 1) Vgl. RGRK, Bem. 19 zu § 1356; Soergel-Siebert, Bem. 27 zu § 1356; BVerfGE 13, 290 (311).
 - 2) Vgl. RGRK, Bem. 20 ff. zu § 1356; Soergel-Siebert, Bem. 31 ff. zu § 1356; Dölle, Lehrbuch, 1. Bd., S. 421 f.; wohl auch BVerfGE 13, 290 (311).
 - 3) Vgl. insbesondere Gernhuber, FamRZ 1958, 243 (244, 246); K. Lehmann, Stbg. 1958, 41 ff.; Maier, JurJb. 1963/64, 103 ff.; Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey, 1965, Bd. I, S. 639. Zur Kritik an diesen Fiktionen vgl. auch Roth-Stielow, aaO, S. 154 ff.
 - 4) FamRZ 1958, 243 ff.; FamRZ 1959, 465 ff.; Lehrbuch, S. 176; ihm folgend Mann, aaO, 49 ff.
 - 5) FamRZ 1958, 247.
 - 6) Vgl. dazu insbes. FamRZ 1959, 465 ff. gegen Wägenbaur, FamRZ 1958, 400 f.
 - 7) FamRZ 1958, 247.

leistungen des begünstigten Ehegatten an den mitarbeitenden, wie auch dessen Verpflichtung, seinerseits zum Unterhalt beizutragen, dazu führen, einen Anspruch gänzlich auszuschließen¹⁾, wie überhaupt eine Abgeltung der Arbeit voraussetze, daß die Arbeit erfolgreich gewesen sei. Nach Gernhuber ist "unabdingbar versperrt ... der Blick auf das eheliche Güterrecht", insbes. auf die Zugewinnngemeinschaft. "Erst der von § 1353 beherrschte Ausgleich (schaffe) eine gerechte Ausgangsposition für die Errechnung des Zugewinns", außerdem sei es "mit § 1353 nicht zu vereinbaren, daß die Mitarbeit immer erst bei Beendigung des Güterstandes zur Teilnahme an ihren Ergebnissen (führe)"²⁾. Diesen Vorschlag Gernhubers haben Bosch³⁾ und Braga⁴⁾ begrüßt; auch Müller-Freienfels⁵⁾ will, allerdings mit erheblichen Einschränkungen, einen familienrechtlichen Ausgleich bei bestehender Ehe auf § 1353 stützen.

Einige Bedenken gegen die familienrechtliche Lösung sollen angemeldet werden. Zunächst einmal fällt auf, daß das Gesetz aus der Fülle der von § 1353 angesprochenen ehelichen Pflichten die Mitarbeitspflicht besonders heraushebt und eigens in § 1356 II BGB regelt, über die Frage der Abgeltung - die, wenn schon konkretisiert wird, auch konkretisierend zu behandeln nahegelegen hätte - aber schweigt. Das läßt doch den Schluß erwägen, daß eine Abgeltung dieser Arbeit jedenfalls nicht zur ehelichen Pflicht gemacht werden sollte. Gewiß reichen die Ausstrahlungen des § 1353 BGB weit in den Bereich des ehelichen Vermögensrechts hinein; das hat Gernhuber⁶⁾ gegenüber Wägenbaur⁷⁾, der die Bemühung des § 1353 eine "gewagte Systemwidrigkeit" nennt, überzeugend nachgewiesen⁸⁾. Recht fragwürdig ist aber, ob § 1353 BGB berufen ist, einen vermögensrechtlichen Anspruch zu begründen. Handelt es sich doch bei den von Gernhuber herangezogenen Fällen der Anwendung von § 1353 BGB in diesem Bereich um Modifizierungen bestehender Ansprüche⁹⁾. Es ist somit noch nicht gesagt, daß § 1353 sich dem Gedanken des *do ut des* öffnet. Zweifellos ist die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft eine gegenseitige¹⁰⁾, was seinen positivrechtlichen Ausdruck

1) FamRZ 1958, 247.

2) FamRZ 1958, 247.

3) FamRZ 1958, 290 f.

4) FamRZ 1960, 457.

5) Eranion Maridakis, II. Bd., S. 396 (Gütertrennung); Festschrift Nipperdey, 1965, I. Bd., S. 655.

6) FamRZ 1959, 465 ff.

7) FamRZ 1958, 400.

8) Vgl. hierzu insbes. schon RGZ 87, 56 (62 f.).

9) So auch Dölle, Lehrbuch, 1. Bd., S. 421.

10) Vgl. schon RG JW 1901, 293 (296).

in Abs. 2 des § 1353 findet. Gegenseitigkeit kann auch dazu führen, daß erst das Verhalten eines Ehegatten die Verpflichtung des anderen entstehen läßt; Verweigert ein Ehegatte die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft bestimmt, so kann dem Partner nicht angerechnet werden, daß er keine Ehwohnung zur Verfügung hält ¹⁾. Das bedeutet aber nicht, daß die gegenseitigen Verpflichtungen der Eheleute als in einem Austauschverhältnis stehend gedacht werden können; eine Pflicht zur Abgeltung von Mitarbeit mag aus anderen Gesichtspunkten begründet sein, aus der ihrem Wesen nach dem Entgeltgedanken fernstehenden Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft ²⁾ ist sie wohl nur schwerlich abzuleiten.

bb) Eheliches Güterrecht und Anspruch aus § 1353 BGB

Ein Weiteres kommt hinzu: Wer auf eine familienrechtliche Norm einen Anspruch eines Ehegatten auf Teilhabe an dem Vermögen des anderen gründet, muß sich darüber im klaren sein, daß er damit durch das Familienrecht selbst korrigierend in das eheliche Güterrecht eingreift. Unzweifelhaft besteht zwar grundsätzlich für Ehegatten außerhalb des Güterrechts die Möglichkeit, "ganz normale, reguläre Geschäfte" des Schuldrechts abzuschließen ³⁾. Insofern kann von Eingriffen in das Güterrecht nicht die Rede sein. Anders ist es aber, wenn neben den durch das Güterrecht bestimmten Zuordnungen des Vermögens der Eheleute durch Heranziehung einer familienrechtlichen Norm diese Regelungen modifiziert werden. Das bringt die Gefahr mit sich, daß "unter Berufung auf eine gewandelte Eheauffassung das gesamte eheliche Vermögensrecht aus den Angeln (gehoben wird)" ⁴⁾. Das eheliche Güterrecht steht nicht unbeeinflusst von § 1353 da ⁵⁾, umgekehrt aber muß auch das eheliche Güterrecht berücksichtigt werden, wenn man bestimmen will, was Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft in den vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten ist ⁶⁾. Denn zu-

1) RG JW 1901, 293 (296).

2) Vgl. Siebert, StBerJb. 1958/59, 209 (217); BVerfGE 13, 290 (312) zum Verhältnis Mitarbeit-Unterhalt.

3) Vgl. BGH FamRZ 1963, 35; neuerdings BGH FamRZ 1965, 549 (550) mit Anm. Bosch, aaO, S. 551.

4) Gernhuber, FamRZ 1959, 474, allerdings nur im Hinblick auf Ansprüche der Nur-Hausfrau aus § 1353. Vgl. auch Müller-Freienfels, Nipperdey-Festschrift, 1965, Bd. I, S. 653.

5) Vgl. Gernhuber, Lehrbuch, S. 148.

6) So insbes. Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey, 1965, Bd. I, S. 648 ff. gegen Gernhuber, FamRZ 1958, 247. Wie Gernhuber auch Staudinger-Hübner, Bem. 51 zu § 1356.

mindest wird man dem durch § 1353 in Pflicht Genommenen nicht verwehren können, auf die Regelung, die das Güterrecht gibt, zu verweisen. Besonders deutlich wird dies, wenn zwischen den Eheleuten Gütergemeinschaft besteht. Hier kann es doch einem Ehegatten nicht einleuchten, daß er über § 1353 gehalten sein soll, seinem Ehepartner ein Entgelt zu zahlen, obwohl gerade durch die Vereinbarung der Gütergemeinschaft eine Beteiligung des mithelfenden Ehegatten sichergestellt sein soll ¹⁾.

Die Fragwürdigkeit, Entgeltansprüche auf die allgemein gehaltene Formel von der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft unter Außerachtlassung des ehelichen Güterrechts zu stützen, wird auch deutlich, wenn man sich dem Problem von Entgeltansprüchen der Nur-Hausfrau zuwendet. Versucht man, über § 1353 I BGB, d. h. als Gebot der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, einen Entgeltanspruch zu konstruieren, korrigiert man also das eheliche Güterrecht durch das Familienrecht selbst, so erscheint es nur konsequent, wo immer die güterrechtliche Regelung als unzureichend und ungerecht empfunden wird, einen Ausgleich über § 1353 I BGB zu schaffen. Warum der reinen Hausfrauentätigkeit, zumindest dort, wo sie außergewöhnliche Ausmaße angenommen hat, ein Ausgleichsanspruch aus § 1353 I BGB versagt sein soll, ist dann nicht mehr überzeugend damit begründet, die Gewährung eines solchen Anspruchs führe zu einer allgemeinen Korrektur des ehelichen Güterrechts ²⁾. Daß im einen Falle eine unvollkommene Regelung ihre Ergänzung in § 1353 I BGB finden soll, während im anderen "sachlich unbefriedigende Vollkommenheit" dem Ausgleich entgegenstehe ³⁾, ist nicht recht einzusehen ⁴⁾. Denn die Mitarbeitspflicht in Beruf und Geschäft ist vom Gesetz ebenso als spezielle Form der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft ausgestaltet wie die Pflicht der Frau, im Haushalt tätig zu sein (§ 1356 I BGB) ⁵⁾. Hausfrauenarbeit und Mitarbeit im Beruf

- 1) Vgl. Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey, 1965, Bd. I, S. 650 f.; insoweit übereinstimmend auch Staudinger-Hübner, Bem. 51 zu § 1356.
- 2) So aber Gernhuber, FamRZ 1959, 465 (474).
- 3) Gernhuber, FamRZ 1959, 465 (474).
- 4) Für einen Ausgleichsanspruch auch der Nur-Hausfrau, wenn schon aus § 1353 I BGB ein solcher entnommen werden soll: Wägenbaur, FamRZ 1958, 401; Bosch, FamRZ 1959, 290; Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey, 1965, Bd. I, S. 654.
- 5) Daß diese Pflicht gem. § 1360 S. 2 BGB die Form ist, in der die Ehefrau i. d. R. ihren Unterhaltsbeitrag leistet, schließt nicht aus, daß ihre Hausfrauentätigkeit weit über das hinausgehen kann, was von ihr unterhaltsrechtlich gefordert werden kann.

oder Geschäft verdienen familienrechtlich keine unterschiedliche Behandlung ¹⁾; wenn die eine Tätigkeit einen familienrechtlichen Ausgleichsanspruch nach sich ziehen soll, ist auch bei der anderen der Rückzug auf die unbefriedigende Vollkommenheit der güterrechtlichen Regelung versagt.

Auch diese Konsequenz, daß man der haushaltstätigen Ehefrau nicht verweigern kann, was angeblich die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft bei der mitarbeitenden Frau erheischt, zeigt, daß jedenfalls eine Lösung, die innerhalb des Systems des Familienrechts verbleiben will und vom Familienrecht her gesucht wird, auch hinsichtlich des Ausgleichs von Mitarbeit im Beruf oder Geschäft eines Ehegatten nicht verlangen kann, der Blick auf das eheliche Güterrecht sei unabdingbar versperrt ²⁾. Deshalb fordert Müller-Freienfels ³⁾, die güterrechtliche Lage einschließlich des Ehegattenerbrechts müsse berücksichtigt werden, "bevor als ultima ratio ein Ausgleichsanspruch auf Grund von § 1353 bejaht" werden könne. Bei der Gütergemeinschaft hätten die Eheleute "bereits selbst den innerehelichen Vermögensausgleich ... vorgenommen", es bestehe daher "kein Bedürfnis für einen von der klaren güterrechtlichen Regelung abweichenden speziell familienrechtlichen Ausgleich" ⁴⁾. Dagegen biete sich der familienrechtliche Ausgleich bei der Gütertrennung an, wenngleich gerade hier ein besonderer "Anhaltspunkt für die Annahme eines Gesellschafts- oder Arbeitsvertrages" in dem vertraglichen Ausschluß des Zugewinnausgleichs bei der Vereinbarung der Gütertrennung liege ⁵⁾. Was den gesetzlichen Güterstand angeht, so schlägt Müller-Freienfels vor, "trotz aller Bedenken davon auszugehen, daß grundsätzlich die Lösung des gesetzlichen Güterstandes, wenn die Parteien nicht eine besondere Vereinbarung getroffen haben, die Ausgleichsfrage erledigt". Nur als ultima ratio könne die Lösung über § 1353 I BGB ⁶⁾ gesucht werden ⁷⁾. Hält man es, wie hier zu begründen versucht wurde ⁸⁾, für nicht angän-

1) Vgl. auch Hagemeyer, DNotT 1952, 71.

2) So aber Gernhuber, FamRZ 1958, 247.

3) Nipperdey-Festschrift (1965), Bd. 1, S. 648 f.

4) aaO, S. 650 f.

5) aaO, S. 654 f.

6) Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey (1965), Bd. I, S. 656 modifiziert die familienrechtliche Lösung noch insoweit, als er dann, wenn der Ausgleichsanspruch erst nach Trennung oder Scheidung erhoben wird, diesen nicht auf § 1353 I BGB (Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft (!)) stützen, sondern die in der Hausratsverordnung (6. DVO zum EheG v. 21. 10. 1944) enthaltenen familienrechtlichen Grundsätze entsprechend zur Anwendung bringen will. Näheres dazu vgl. unten S. 35 ff.

7) Festschrift Nipperdey (1965), I. Bd., S. 652 f.

8) Siehe oben S. 22.

gig, einen Ausgleichsanspruch auf § 1353 I BGB zu stützen, so fragt sich aber, ob das Ausgleichsproblem nicht überhaupt durch das Güterrecht befriedigend gelöst ist, so daß es weiterer Bemühungen in dieser Richtung gar nicht bedarf.

Betrachtet man den Regel-Güterstand, die Zugewinnsgemeinschaft, so stellt sich heraus, daß die mit seiner Einführung verfolgte Absicht, "beide Ehegatten an dem in der Ehe erworbenen Vermögen (zu beteiligen)" ¹⁾ in Fällen, in denen ein Ehegatte beim anderen mitgearbeitet hat, nur sehr unvollkommen erreicht ist. Trotz Mitarbeit kann ein Zugewinn nicht erzielt sein, etwa wegen Verlusten "am" Anfangsvermögen. Von Ausnahmefällen (§§ 1385 f. BGB) abgesehen, kann während bestehender Ehe der Anspruch auf Teilhabe nicht realisiert werden ²⁾. Den mitarbeitenden Ehegatten auf den Zugewinnausgleich verweisen heißt somit auch, ihn der Gefahr aussetzen, daß der Ehegatte, bei dem der Zugewinn sich ansammelt, einen wesentlichen Teil desselben für sich verwendet, ohne daß deshalb gleich die Voraussetzungen der §§ 1385 f. BGB (vorzeitiger Ausgleich des Zugewinns) vorzuliegen brauchen ³⁾. Abgesehen davon, daß sich die Ausgleichsfunktion dann überhaupt nicht erfüllen kann, wenn der Ehegatte, der mitgearbeitet hat, vor dem an sich Ausgleichspflichtigen stirbt ⁴⁾, löst der Weg über die Zugewinnsgemeinschaft das Ausgleichsproblem vor allem deshalb nicht, weil der Ehegatte, der mitgearbeitet hat, nicht anders behandelt wird als der, der dies nicht getan hat ⁵⁾. Lediglich dadurch, daß möglicherweise durch Mitarbeit der Zugewinn bzw. der Nachlaß (vgl. § 1371 BGB) des ausgleichspflichtigen Ehegatten

-
- 1) Amtl. Begründung zum Reg. Entwurf II, abgedr. bei Maßfeller, Das gesamte Familienrecht (1958), S. 112.
 - 2) U. a. deshalb hält auch Siebert, StBerJb. 1958/59, 209 (229) die Regelung der Zugewinnsgemeinschaft für ungeeignet, das Ausgleichsproblem zu lösen.
 - 3) Lehmann, Stbg. 1958, 44 schlägt vor, in solchen Fällen sei "in gebotener Auslegung des § 1353" dem Ehegatten das Recht zu geben, auch schon während bestehender Ehe einen Anteil zu fordern.
 - 4) Dieser Fall soll nach Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey (1965) I. Bd., S. 656 auch nicht durch Gewährung eines Anspruchs aus § 1353 BGB korrigiert werden: "In Erweiterung des Grundgedankens von § 1615 BGB (bleibe) die Geltendmachung auf den Ehegatten beschränkt".
 - 5) So auch Siebert, StBerJb. 1958/59, 209 (229); Mann, aaO, S. 37. Hübner, AcP 151 (1950/51), 424 f. meint, wenn durch Gesetz für die Frau, die im Geschäft mitgearbeitet hat, und für diejenige, die durch sparsame Wirtschaft zum Erwerb einer Heimstätte beigetragen hat, gesorgt sei, fehle die Voraussetzung für die Zubilligung eines Zugewinnes in anderen Fällen.

größer geworden ist und damit auch der Anteil des ausgleichsberechtigten Gatten, mag im einzelnen Fall der Ausgleichsfunktion wenigstens teilweise genügt werden.

Daß bisweilen allerdings die Lösung durch den Zugewinnausgleich die gleiche ist wie bei einer zunächst gesondert vorgenommenen Abgeltung der Mitarbeit, soll folgendes Beispiel verdeutlichen:

Ehegatte A hat einen Zugewinn von 20.000 DM erzielt. Ehegatte B, der mitgearbeitet und keinen Zugewinn erzielt hatte, würde dann die Hälfte des Zugewinns von A, also 10.000 DM, erhalten. Würde nun seine Mitarbeit vorab mit 5.000 DM abgegolten und hat er auch keine Schulden, so beträgt der zu verteilende Zugewinn 10.000 DM (Zugewinn bei Ehegatte A 15.000 DM, Zugewinn bei B 5.000 DM, Differenz also 10.000 DM), wovon der Ehegatte B 5.000 DM verlangen kann. Ehegatte B würde also zusammen mit seinem Mitarbeitsentgelt 10.000 DM haben - ebensoviel, wie er bei bloßer Durchführung des Zugewinnausgleichs erhalten hätte. Hat aber B seinerseits Schulden, so mindern diese seinen eigenen Zugewinn, er würde, da die Ausgleichsforderung auf die Hälfte des Überschusses geht, um den der Zugewinn des einen Ehegatten den des anderen übersteigt (§ 1378 I BGB), dementsprechend mehr an Zugewinnausgleich erhalten, stünde im Endergebnis bei Erhalt eines Mitarbeitsentgelts besser da, als wenn lediglich der Zugewinnausgleich durchgeführt worden würde.

Wenn in obigem Beispiel Ehegatte B das Mitarbeitsentgelt in Höhe von 5.000 DM zur Zahlung von Schulden verwendet, erhält er von dem bei A verbliebenen Zugewinn in Höhe von 15.000 DM die Hälfte, also 7.500 DM, denn der Zugewinnüberschuß bei A betrüge 15.000 DM, weil B gar keinen Zugewinn erzielt hat. Gesteht man aber dem Ehegatten B lediglich den Zugewinnausgleich zu, so erhält er zwar 10.000 DM, wovon er aber seine Schulden mit 5.000 DM abzudecken hätte, so daß ihm nur 5.000 DM verbleiben würden gegenüber 7.500 DM, wenn ihm vorab ein Mitarbeitsentgelt zustände.

Hat Ehegatte B selbst Zugewinn erzielt, so ist, je höher dieser ist, die Regelung der Zugewinnngemeinschaft um so weniger geeignet, auch die Funktion einer Abgeltung geleisteter Mitarbeit zu erfüllen. Wird schließlich der Zugewinnausgleich in erbrechtlicher Form "verwirklicht" (§ 1371 BGB), so würde ein Ehegatte auch hier in der Regel insgesamt mehr erhalten, wenn vorab seine Mitarbeit abgegolten würde, was wiederum ein Beispiel veranschaulichen soll.

Beläuft sich der Nachlaß des Ehegatten A auf 50.000 DM, so erhält Ehegatte B, der mitgearbeitet hat, neben Abkömmlingen 25.000 DM (§§ 1931, 1924, 1371 I BGB). Ist seine Mitarbeit mit 5.000 DM zu bewerten, und wird sie vorab befriedigt, so erhält er dazu noch 22.500 DM als Erbteil $(50.000 \text{ DM} - 5.000 \text{ DM} = 45.000 \text{ DM} : 2 = 22.500 \text{ DM})$, insgesamt also mit 27.500 DM mehr, als er bei Nichtabgeltung seiner Mitarbeit erlangen würde.

Diese teils durch Beispiele erläuterten Überlegungen führen zu dem Schluß, daß durch den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft eine Lösung des Ausgleichsproblems bei Mitarbeit, wenn überhaupt, nur in beschränktem Ausmaß, bewerkstelligt wird ¹⁾. In vielen Fallagen bleibt die Mitarbeit gänzlich unbedacht oder doch nur unzureichend berücksichtigt ²⁾. Andererseits mag, wie obiges Beispiel ³⁾ dar- tut, bisweilen schon bei der Zugewinnngemeinschaft der Ausgleich kraft Güter- rechts ⁴⁾ verwirklicht werden. Gerade diese Tatsache liefert auch einen weiteren Beweis für die Richtigkeit der Behauptung, auf § 1353 I BGB könne nicht einfach ohne Rücksicht auf das Güterrecht ein Ausgleichsanspruch gegründet werden. Klagt ein Ehegatte nach Scheidung - zu diesem Zeitpunkt werden doch in aller Regel erst Ansprüche gegen den anderen Ehegatten erhoben - auf Abgeltung seiner Mit- arbeit, so wäre es ein recht ungereimtes Ergebnis, würde man zur Begründung eines Anspruches, der ebenso bei bloßer Abwicklung des Güterstandes befriedigt werden würde, die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 I BGB) bemü- hen ⁵⁾, zumal, wenn es ohnehin zweifelhaft ist, ob die Generalklausel überhaupt anspruchsbegründend ist.

Sieht man einen Anspruch auf Entgelt für Mitarbeit als Ausdruck der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft an, so ist ein solcher Anspruch in seinem Be- stand nicht nur abhängig von der jeweiligen Gestaltung des Unterhalts ⁶⁾, sondern

- 1) Vgl. die Fallgestaltung in BGH FamRZ 1967, 208 (210 unter 5)).
- 2) Bei der Gütertrennung liegt die Untauglichkeit dieses Güterstandes, Aus- gleichsfunktionen zu erfüllen, auf der Hand; vgl. Siebert, StBerJb. 1958/ 59, 209 (228); Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey (1965), I. Bd. S. 654 f.
- 3) Vgl. S. 27.
- 4) Das gilt umfassender bei der Gütergemeinschaft, vgl. Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey (1965), I. Bd., S. 650 f.
- 5) Ob überhaupt ein Entgeltanspruch nach Scheidung auf § 1353 I BGB gestützt werden kann, darüber s. unten S. 33 ff.
- 6) Gernhuber, FamRZ 1958, 247.

auch davon, wieweit durch das Güterrecht die Abgeltung erfolgt. Ein auf § 1353 I BGB gestützter Anspruch könnte also allenfalls "ultima ratio" sein ¹⁾; in solcher Funktion würde § 1353 I BGB zu nichts anderem als einer Korrektur des ehelichen Güterrechts dienen, wann immer das als notwendig empfunden wird. Auch aus diesem Grunde mag es doch recht zweifelhaft sein, ob die Abgeltung von Arbeit, wenn auch unter Ehegatten, auf die "Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft" gestützt werden kann.

cc) Das Problem der Vollstreckbarkeit von Ansprüchen
aus § 1353 BGB

Angesichts dessen, daß hier schon aus den bisher angeführten Gründen die Meinung vertreten wird, § 1353 I BGB sei ungeeignet, das Ausgleichsproblem bei Mitarbeit im Beruf oder Geschäft des anderen Ehegatten befriedigend zu lösen, soll auf eine andere Frage, die sich stellen würde, wenn man einen Anspruch auf § 1353 I BGB gründen wollte, hier nur in aller Kürze eingegangen werden. § 1353 I BGB als Stütze eines auf Geld gerichteten Abgeltungsanspruches für eheliche Mitarbeit würde sich als weitgehend unbrauchbar erweisen, wenn der Anspruch nur im Wege der Herstellungsklage (§§ 606 ff. ZPO) mit der Folge mangelnder Vollstreckbarkeit gem. § 888 II ZPO verfolgt werden könnte, denn "ein Erkenntnis, das nicht vollstreckt werden kann, ist im Vermögensrecht nicht viel mehr als eine Donquichotterie" ²⁾. Auf das Fehlen einer Vollstreckungsmöglichkeit ist denn auch gegenüber der Gründung eines Entgeltanspruchs auf § 1353 I BGB sogleich hingewiesen worden ³⁾. Dagegen meint Gernhuber ⁴⁾, die nur über die "Brücke" des § 1353 II BGB zwischen § 1353 I BGB und §§ 606 ff. ZPO gezogene Verbindung sei nicht zwingend, vermögensrechtliche Streitigkeiten seien "auch dann nicht, wenn sie ihre Wurzel in § 1353 I haben, im Wege der Herstellungsklage zu verfolgen" ⁵⁾.

Die Formulierung der Motive zum BGB ⁶⁾, bei der Klage auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft handle es sich um eine Klage "auf Erfüllung der aus

1) Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey (1965) I. Bd., S. 653.

2) Gernhuber, FamRZ 1959, 473.

3) Wägenbaur, FamRZ 1958, 400 (Note 33).

4) FamRZ 1959, 473 unter IX.

5) Im Ergebnis ebenso Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey (1965) I. Bd., S. 655 f., und Staudinger-Hübner, Anm. 63 zu § 1356.

6) Bd. IV, S. 108.

dem persönlichen Verhältnisse der Ehegatten sich ergebenden Pflichten", die auch "die Klage auf Leistung der nach § 1272" (= § 1353 BGB) "begründeten ehelichen Pflicht im engeren Sinne (umfasse)", läßt nicht zweifelsfrei erkennen, ob alle aus § 1353 I BGB abgeleiteten Pflichten im Wege der Herstellungsklage zu verfolgen sind. Nicht deutlicher lassen sich die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung aus. In ihnen ¹⁾ kam zum Ausdruck, die Herstellungsklage diene zur "Geltendmachung eines auf das persönliche Verhältnis der Ehegatten bezüglichen Rechtes des einen Ehegatten". Auch die Rechtsprechung bedient sich des Begriffs des "persönlichen Verhältnisses der Ehegatten", wenn sie entscheidet, die Herstellungsklage komme "in der Regel wegen jeder Verletzung der aus dem persönlichen Verhältnisse der Ehegatten sich ergebenden Pflichten" zur Anwendung ²⁾.

Für eine eindeutige Entscheidung der hier behandelten Frage ist der Begriff des "persönlichen Verhältnisses" zu ungenau und selbst auslegungsbedürftig. Denn auch die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten erwachsen schließlich ihrem durch die Ehe begründeten persönlichen Verhältnis. Auch Unterhaltspflichten und -berechtigungen sowie die güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten finden ihre Grundlage im personenzugeordneten Eheverhältnis ³⁾. Und doch werden in beiden Fällen Streitigkeiten nicht im Wege der Herstellungsklage ausgetragen ⁴⁾. Man wird den Begriff des "persönlichen Verhältnisses" deshalb eingeschränkt verstehen müssen. Unter "persönlichem Verhältnis" wären dann nur die rein persönlichen Beziehungen zu verstehen. Eine solche Interpretation würde mit dem übereinstimmen, was das Reichsgericht ⁵⁾ folgendermaßen ausdrückt: "Das Gesetz gibt ... das Recht, auf Erfüllung der Pflichten der §§ 1353 flg. BGB zu klagen - eine Klage, die, soweit ⁶⁾ die persönlichen Verpflichtungen der Ehegatten in der bezeichneten Richtung in Frage kommen, den Namen 'Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens' führt".

Auch im Schrifttum wird die Meinung vertreten, die Herstellungsklage komme nicht zur Anwendung, wenn aus der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft entspringende vermögensrechtliche Ansprüche geltend gemacht

1) Bd. IV, S. 100; vgl. auch S. 99.

2) RGZ 51, 185; vgl. auch RGZ 151, 161 noch entschiedener: als Wille des Gesetzgebers ergebe sich mit vollkommener Sicherheit, daß die Klage auf Erfüllung der aus dem persönlichen Verhältnis der Ehegatten sich ergebenden Pflichten eben nur in dem für Ehesachen vorgeschriebenen Verfahren durchgeführt werden könne.

3) Vgl. Gernhuber, FamRZ 1959, 466.

4) Vgl. nur RGZ 97, 288 ff. und Gernhuber, FamRZ 1959, 466, 473.

5) RGZ 97, 287.

6) Sperrung vom Verf.

werden ¹⁾.

Hier ist nur die Frage entscheidend, ob es gerechtfertigt ist, ein Urteil, das Entgelt für Mitarbeit zuspricht, von der Vollstreckbarkeit auszuschließen. Ob dann eine etwaige Zulässigkeit der Vollstreckbarkeit aus einer allgemeinen Unanwendbarkeit der Herstellungsklage für mit der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft begründete vermögensrechtliche Ansprüche abgeleitet wird, oder ob man, dem Gedanken von Marchtaler ²⁾ folgend, nur § 888 II ZPO für unanwendbar ansieht, kann dahingestellt bleiben ³⁾. Der Ausschluß der Vollstreckbarkeit eines Herstellungsurteils ist deshalb angcordnet, weil es dem Rechtsempfinden widerspricht, mit staatlichen Zwangsmitteln in die im eigentlichen sittlich begründete Verbindung der Eheleute einzugreifen. Die Herstellung eines gesunden Ehelebens wäre durch Zwangsmaßnahmen nicht zu erreichen, vielmehr würde ihr Einsatz zu Erbitterung und Empörung der Gatten führen ⁴⁾, abgesehen davon, daß es mit dem Schutz der Menschenwürde und dem persönlichen Freiheitsrecht ⁵⁾ unvereinbar wäre, einen Ehegatten zwangsweise dem anderen zuzuführen. Nicht zu verkennen ist, daß durchaus auch einmal durch die Erwirkung vermögensrechtlicher Ansprüche, die der ehelichen Lebensgemeinschaft entspringen, ein solcher unzulässiger Zwang zum Zusammenleben ausgeübt werden könnte. Leben die Ehegatten getrennt, so kann von einem Ehegatten gem. § 1353 I BGB Bereitstellung der zum Zusammenleben erforderlichen Wohnung gefordert werden ⁶⁾. Einem Urteil, das der andere Ehegatte zur Erwirkung dieser Verpflichtung erlangt, muß die Vollstreckbarkeit versagt sein. Andernfalls

-
- 1) Joerges, Die eheliche Lebensgemeinschaft, S. 35 ff.; Staudinger-Hübner, Vorbem. 46 vor § 1353 und Anm. 63 zu § 1356; Palandt-Lauterbach, Bem. 3 vor § 1353; Dölle, Bd. I, S. 400; Gernhuber, FamRZ 1959, 473; Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey (1965) I. Bd., S. 655 f.; vgl. auch v. Marchtaler, Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft und sein Schutz, der zwar annimmt, die Herstellungsklage sei in allen Fällen gegeben, in denen gegen § 1353 verstoßen werde (S. 67 f.), aber nicht stets und in allen Fällen sämtliche in den §§ 606 ff. ZPO aufgeführten Bestimmungen und § 888 II ZPO für anwendbar hält (S. 69, 73 ff.).
 - 2) aaO, S. 76 f.
 - 3) Freilich bleibt gegenüber dieser Behandlung die Frage, ob man die Rechtssicherheit nicht strapaziert, wenn man es der Entscheidung des Einzelfalles überläßt, ob ein "Herstellungsurteil" vollstreckbar ist oder nicht; vgl. dazu die prinzipielle Behandlung der Frage bei v. Marchtaler, aaO, S. 78 ff.
 - 4) v. Marchtaler, aaO, S. 75.
 - 5) Vgl. Art. 1 und 2 GG.
 - 6) Vgl. RGR-Kommentar, Anm. 3 zu § 1353.

würde durch die Bereitstellung der Wohnung der Ehegatte mittelbar zur Wiederaufnahme der häuslichen Gemeinschaft gezwungen. Aber ein einfacher Anspruch auf Geldzahlung wegen bereits geleisteter Mitarbeit ist nicht geeignet, auch nur mittelbar einen Zwang zum ehelichen Zusammenleben auszuüben, zumal wenn er erst nach Scheidung geltend gemacht wird. Zwar wird ein ehegerechtes Verhalten mit der Pflicht zur Abgeltung von Mitarbeit erzwungen, aber dieses Verhalten verlangt nicht den Einsatz der Person, eine wie immer geartete Hinwendung zum anderen Partner. Eine Beschränkung der Zwangsvollstreckung verlore hier also ihren Sinn ¹⁾.

Diesem Ergebnis, daß die Vollstreckbarkeit eines Abgeltungsanspruches aus § 1353 I BGB nicht ausgeschlossen sein muß, steht auch nicht die Entscheidung des Reichsgerichts vom 15. Dezember 1919 ²⁾ entgegen. Hier hatte das Gericht die Verfolgung eines Taschengeldanspruches im Wege der Herstellungsklage zugelassen. Die klägerische Ehefrau hatte nämlich selbst Herstellungsklage erhoben, damit also zu erkennen gegeben, daß es ihr weniger darauf ankam, ein vollstreckbares Leistungsurteil zu erlangen als ihrem Ehemann seine Pflichten vor Augen zu führen. Es stand "nicht die Frage im Vordergrund, ob der Beklagte ausreichend für jene kleineren Bedürfnisse der Klägerin sorgt, wofür das Taschengeld Verwendung finden soll, sondern wie er das tut" ³⁾. Es handelte sich also um einen Ausnahmefall ⁴⁾; grundsätzlich wird ein Taschengeldanspruch als Bestandteil des Unterhaltsanspruches während

1) So für durch das Wesen der Ehe gebotene Geldleistungen v. Marchtaler, aaO, S. 76 (Note 131).

2) RGZ 97, 286 (288 ff.).

3) RGZ 97, 289.

4) Das RG (RGZ 97, 289 f.) bemerkt ausdrücklich: "Ob unter anderen als den hier gegebenen Voraussetzungen für eine dem Unterhalt dienende Geldleistung während bestehender ehelicher Gemeinschaft nicht die regelmäßige Unterhaltsklage der gegebene Rechtsbehelf ist, braucht hier nicht entschieden zu werden." Daß das Gericht diese Frage bei Fehlen der besonderen Verhältnisse des entschiedenen Falles bejaht haben würde, erscheint nach seinen sonstigen Ausführungen (insbes. S. 289) kaum zweifelhaft.

bestehender ehelicher Gemeinschaft (§ 1360 BGB) ¹⁾ nicht im Wege der Herstellungsklage ²⁾, sondern mit der normalen Leistungsklage zu verfolgen sein ³⁾.

dd) Ansprüche aus § 1353 BGB nach Auflösung der Ehe?

Die Mißlichkeit, einen Ausgleichsanspruch nach Trennung oder Scheidung der Ehe mit der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 I BGB) zu begründen ⁴⁾, hat Müller-Freienfels ⁵⁾ bewogen, den Ausgleichsanspruch in solchen Fällen auf "eine entsprechende Anwendung ... der 'familienrechtlichen Grundsätze' für die Verteilung der Ehewohnung und des Hausrats nach der Scheidung, die in der 6. DVO zum EheG v. 21. 10. 1944 enthalten sind", zu stützen.

Da der Entgeltanspruch in den weitaus meisten Fällen erst nach Scheidung der Ehe geltend gemacht wird, würde eine Lösung über § 1353 I BGB in der Tat gänzlich unbefriedigend sein, wenn Ansprüche aus § 1353 I BGB nach Scheidung nicht mehr geltend gemacht werden können. Ein Entgeltanspruch, der etwa im Güterstand des Zugewinnausgleichs nur eine "Vorwegnahme der Beteiligung" ⁶⁾ darstellt, ist nicht geeignet, wirkliche Abgeltung der Ehegatten-Mitarbeit zu bewerkstelligen, zumal wenn der Anspruch auch während der Ehe solange nicht soll geltend gemacht werden können, "als der durch die Mitarbeit unterstützte

- 1) So RGZ 97, 288; Staudinger-Hübner, Anm. 5 zu § 1360 a mit Nachweisen; Soergel-Siebert-Vogel, Anm. 4 zu § 1360a; Meier-Scherling, FamRZ 1959, 392 f. Die Annahme von Meier-Scherling, aaO, in RGZ 97, 286 ff. habe das Reichsgericht den Taschengeldanspruch aus § 1353 I BGB hergeleitet, dürfte unzutreffend sein. Ausdrücklich heißt es in der Entscheidung (RGZ 97, 288): "Dagegen gehört das Verlangen des Taschengelds, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, in das Bereich der Unterhaltsgewährung (§ 1360 BGB)".
- 2) So aber Gauß, Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (Tüb. Diss. 1910), S. 58, zit. nach RGZ 97, 289.
- 3) Ebenso Staudinger-Hübner, Anm. 20 zu § 1360; Gernhuber, FamRZ 1959, 473; Meier-Scherling, FamRZ 1959, 392.
- 4) Vgl. Wägenbaur, FamRZ 1958, 400 (Note 33).
- 5) Festschrift Nipperdey (1965), I. Bd., S. 656 f.
- 6) So im Ergebnis die Lösung bei Staudinger-Hübner, Bem. 49 ff., 54 zu § 1356. Einen Entgeltanspruch "ohne weiteres aus § 1353 abzuleiten", lehnt H. Hübner, Nipperdey-Festschrift (1965), I. Bd., 397 (Fn. 131) ab.

Ehegatte den Gewinn nicht frei für sich verwendet" ¹⁾). Man braucht nur das - gar nicht so extreme - Beispiel des mitarbeitenden Ehegatten zu erwähnen, der selbst gleichgroßen Zugewinn wie sein Partner erzielt hat und der alsdann nach Scheidung leer ausgeht ²⁾, um einsichtig zu machen, daß es ganz entscheidend darauf ankommt, die Möglichkeit zu eröffnen, einen Entgeltanspruch auch nach Auflösung der Ehe durchzusetzen. Die Anwendung des § 1353 I BGB nach Auflösung der Ehe ist problematisch ³⁾ deshalb, weil - wenn der Entgeltanspruch eheliche Verpflichtung i. S. von § 1353 I BGB ist, - seine Geltendmachung nach Auflösung der Ehe nichts anderes bedeuten kann als das Begehren von Schadenersatz für die Nichterfüllung ehelicher Pflichten während der Ehe ⁴⁾. In der Tat kann ehегerechtes Verhalten - und nur Ausprägung desselben muß doch eine Entgeltzahlung sein, wenn sie in § 1353 I BGB ihren Grund finden soll - schlechterdings nicht von jemandem verlangt werden, mit dem eine Ehegemeinschaft nicht mehr besteht. Allenfalls könnte Entschädigung dafür verlangt werden, daß der Partner seinen ehelichen Pflichten nicht nachgekommen ist. Daß ein Anspruch auf Entgelt nach Scheidung der Ehe in Wahrheit ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung der während der Ehe bestehenden Pflichten ist, darüber täuscht nur hinweg, daß der konkrete Gegenstand des Anspruches in beiden Fällen der gleiche ist, nämlich Geld. Wird aber von einem Ehegatten, begründet mit § 1353 I BGB, eine andere Leistung verlangt, etwa die Bestellung einer Hilfskraft im Haushalt, so müßte für Nichterfüllung dieser ehelichen Pflicht in der Vergangenheit auch ein anderer Leistungsgegenstand gefordert werden ⁵⁾, wobei dahinstehen kann, ob dies möglich wäre.

Wer hingegen annehmen will, die eheliche Verpflichtung zur Abgeltung der Mit-

-
- 1) Staudinger-Hübner, Bem. 52 zu § 1356.
 - 2) Weitere Fälle vgl. oben S. 27 f.
 - 3) Gernhuber, FamRZ 1958, 247 hält es offenbar für ganz selbstverständlich, daß der Anspruch aus § 1353 I BGB auch erst nach der Ehescheidung geltend gemacht werden könne. Vgl. aber seine Ausführungen FamRZ 1959, 465 (insbes. 474), die auf die Problematik der Geltendmachung nach vollzogener Scheidung nicht eingehen, obwohl Wägenbaur, FamRZ 1958, 400 (Note 33) hierauf eine Antwort suchte.
 - 4) Ein näheres Eingehen auf die vielschichtige Problematik der Schadenersatzansprüche zwischen Ehegatten wegen Verletzung ehelicher Pflichten ist hier nicht möglich und wird auch nicht erforderlich. An dieser Stelle kommt es nur darauf an zu zeigen, ob ein Anspruch noch auf § 1353 I BGB nach Auflösung der Ehe gestützt werden kann.
 - 5) Vgl. den Fall RGZ 97, 286 (290).

arbeit erstarre vor Auflösung der Ehe oder Beendigung der Mitarbeit ¹⁾ zu einem durch die Auflösung der Ehe nicht mehr berührten Anspruch, übersieht, daß § 1353 I BGB eine Ordnung der Ehe gibt, die ihm zu entnehmenden Verpflichtungen "Begründung, Erhaltung und Entfaltung" ²⁾ der Lebensgemeinschaft der Partner dienen oder zumindest doch Folge dieser Bindung und von ihrem Bestehen abhängig sind ³⁾. Eheliche Ordnung kann aber nicht mehr realisiert werden nach Scheidung, die Erfüllung ehelicher Pflichten nach Scheidung verliert ihren Sinn. Eine Parallele dazu, daß ein ehelicher Unterhaltsanspruch, wenn die Voraussetzungen der §§ 1360a III, 1613 BGB vorliegen, auch nach Scheidung der Ehe geltend gemacht werden kann, läßt sich deshalb nicht ziehen, weil Unterhaltsansprüche ihrer Natur nach nicht eng und einzig an den Bestand einer Ehe geknüpft sind. Der Hinweis darauf, daß Unterhaltungspflichten auch unter geschiedenen Eheleuten bestehen können, mag insoweit genügen.

b) Die Heranziehung der Hausratsverordnung zur Lösung des Entgeltproblems

Kann ein Anspruch auf "Entgelt" für Mitarbeit nach Scheidung der Ehe nicht (mehr) auf § 1353 I BGB gestützt werden ⁴⁾, so fragt es sich, ob sich ein Entgeltanspruch

- 1) Hier kann angemerkt werden, daß nicht recht einzusehen ist, warum maßgebender Zeitpunkt dafür, ob Mitarbeit abgegolten wird oder wegen mangelnden Erfolgs ohne Entgelt bleibt, die Beendigung der Mitarbeit sein soll (so Gernhuber, FamRZ 1959, 472) und nicht die Beendigung der Ehe. Hat etwa ein Ehegatte durch seine Mitarbeit die "Durststrecke" des Anfangs mit überwinden helfen und zieht er sich darauf von der Mitarbeit zurück, so erscheint es gerade vom Standpunkt der familienrechtlichen Lösung her unbefriedigend, ihn ohne "Entgelt" zu lassen, wenn später der Geschäftsgang besser geworden ist.
- 2) BGHZ 26, 198.
- 3) Mit Recht begründet deshalb Gernhuber, FamRZ 1959, 474 seine Meinung, durch ein Scheidungsrecht werde ein Entgeltanspruch für entgegengenommene Mitarbeit nicht berührt, damit daß "auch ein scheidungsberechtigter Gatte immer noch Ehegatte (sei) und damit einem nicht gerade geringen Restbestand von Pflichten (unterliege), den erst die Beendigung der Ehe wegfallen (lasse)".
- 4) Ob ein solcher Anspruch als Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ehelicher Pflichten geltend gemacht werden könnte, kann hier nicht untersucht werden, dürfte aber wohl unzulässig sein (vgl. Staudinger-Hübner, Vorbem. 55, 56, 57 vor § 1353 BGB).

nach Scheidung mit den "familienrechtlichen Grundsätzen" der Hausratsverordnung (6. DVO zum EheG vom 21. Oktober 1944) begründen läßt.^{1a)}

Die Hausratsverordnung, - aus Anlaß der durch den Krieg entstandenen Wohnraumverknappung und des Mangels an Hausrat entstanden - gibt dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Möglichkeit, die Rechtsverhältnisse an Hausrat und Ehewohnung zu "regeln" (§ 1 I), wobei er weitgehend "billiges Ermessen" (§ 2) walten zu lassen hat. Als "Nachwirkung des § 1353 I"¹⁾ bietet die Hausratsverordnung die Möglichkeit, besonders wichtiges, bisher im Eheverband genutztes Gut, teilweise unter Außerachtlassung der strengen Eigentumsordnung, unter die geschiedenen Ehegatten nach ihren individuellen Bedürfnissen "aufzuteilen".

Gegenstand der Regulierung im Rahmen der Hausratsverordnung sind wenn nicht gar lebenswichtige Güter so doch Sachen, die der elementaren Wohnnotwendigkeit dienen. Solchen Bedürfnissen der bisher verbundenen Ehegatten Rechnung zu tragen, ist das Anliegen der Hausratsverordnung, sie will dagegen nicht das Vermögen der Ehegatten umverteilen. Daß Umverteilung von Eigentum, wie sie etwa bei Auflösung des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft bezweckt wird, im Rahmen der Hausratsverordnung nur insoweit erfolgt, als es für die Zwecke einer Minimalsicherung der individuellen Wohnbedürfnisse erforderlich ist²⁾, ergibt sich aus einer Vielzahl von Vorschriften. Der in § 2 niedergelegte Grundsatz hebt ausdrücklich als neben anderen zu berücksichtigenden Gesichtspunkten das Wohl der Kinder und die Erfordernisse des Gemeinschaftslebens hervor, wobei mit letzterem die Beziehungen eines jeden der früheren Ehegatten zu seiner Umwelt gemeint sind³⁾. Insbesondere aber sind die Eigentumsverhältnisse an den unter die Hausratsverordnung fallenden Gegenständen für die Entscheidung des Richters von ganz erheblicher Bedeutung.

An Hausratsgegenständen können die Eigentumsverhältnisse zwar an sich geändert werden (§ 8, 9 HausrVO), Doch soll der Richter, wenn er Hausratsgegenstände, die beiden Gatten gemeinsam gehören, einem Ehegatten zu Alleineigentum zuteilt, dem begünstigten Ehegatten eine Ausgleichszahlung auferlegen, wenn dies der Billigkeit entspricht, wobei auch frühere Mitarbeit des begünstigten Ehegatten Berücksichtigung findet⁴⁾. Steht ein Hausratsgegenstand in Allein-

-
- 1) Gernhuber, FamRZ 1959, 468. 1a) Vgl. Müller-Freienfels, aaO, 656.
 - 2) Vgl. Hoffmann-Stephan, aaO, Bem. 1 zu § 3: "Die VO will es vermeiden, in die Eigentumsverhältnisse mehr als unbedingt notwendig einzugreifen".
 - 3) Hoffmann-Stephan, Hausratsverordnung (2. Aufl. 1965), Bem. 2 zu § 2.
 - 4) Hoffmann-Stephan, aaO, Bem. 5 zu § 8. Roth-Stielow, aaO, S. 156 verweist gegenüber der von ihm kritisierten Fiktion von Gesellschafts- und Arbeitsverträgen darauf, daß die Tatsache der früheren Mitarbeit u. a. bei der Festsetzung des Unterhalts nach Scheidung (§§ 58 ff. EheG), sowie im Rahmen des § 2 HausrVO berücksichtigt werden könne.

eigentum eines Gatten, so kann er dem anderen nur zugewiesen werden, wenn es sich um einen notwendigen Gegenstand handelt, der Ehegatte auf seine Weiterbenutzung angewiesen ist und es dem Eigentümer zugemutet werden kann, ihn dem anderen zu überlassen (§ 9 I). Neben der Zuweisung zur Miete, wobei ein unentgeltliches Leiheverhältnis nicht begründet werden darf¹⁾, ist auch eine Übertragung des Eigentums vorgesehen (§ 9 II), jedoch muß ein angemessenes Entgelt festgesetzt werden, eine unentgeltliche Übertragung ist unzulässig²⁾.

Befindet sich die Ehwohnung in einem Haus, das einem der bisherigen Ehegatten allein oder gemeinsam mit einem Dritten gehört, so kann die Wohnung dem anderen Ehegatten nur zugewiesen werden, "wenn dies notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden" (§ 3). Es kann lediglich die Benutzung der Wohnung geregelt werden³⁾. Zuweisung der Wohnung oder gar des Hauses oder eines ideellen Bruchteils desselben zu Eigentum (Wohnungseigentum, Nießbrauch, dingliches Wohnrecht) ist gänzlich unzulässig⁴⁾. Vielmehr wird der Richter gehalten sein, in aller Regel, obwohl dies nicht zwingend vorgeschrieben ist⁵⁾, ein Mietverhältnis unter Mietzinsfestsetzung zu begründen⁶⁾, ja man wird ihm auch die Befugnis zubilligen müssen, gegebenenfalls eine Ausgleichszahlung an den Eigentümerehegatten anzuordnen⁷⁾. Auch bei Zuweisung der Wohnung in einem Hause, das den Ehegatten gemeinsam gehört, können die Eigentumsverhältnisse nicht geändert werden, vielmehr ist auch hier grundsätzlich dem verbleibenden Ehegatten eine anteilmäßige Nutzungsentschädigung aufzuerlegen⁸⁾.

Die angeführten Bestimmungen zeigen, daß der Zweck der Hausratsverordnung darin liegt, die Benutzung von Ehwohnung und Hausrat als ganz besonders wichtigen Gegenständen des täglichen Lebens zu regeln. Anlaß war seinerzeit die Erfahrung, daß Sachwerte beinahe unersetzbar waren. Während Wohnungsmangel oder doch jedenfalls Mangel an Wohnungen zu erschwinglichen Preisen nach wie vor herrscht, sind heute Hausratsgegenstände unschwer zu erhalten. Jedoch bleibt die Verordnung auch hinsichtlich von Hausratsgegenständen von Be-

1) Palandt-Lauterbach, Bem. 2 zu § 9 HausrVO (Anh. II zum EheG).

2) Palandt-Lauterbach, Bem. 2 zu § 9 HausrVO (Anh. II zum EheG); Hoffmann-Stephan, aaO, Bem. 2 B zu § 9 mit Nachweisen.

3) BayObLG JZ 1953, 474.

4) OLG Schleswig, SchlHA 1955, 27.

5) Vgl. Gräber, JZ 1951, 685.

6) Hoffmann-Stephan, aaO, Bem. 3 zu § 5.

7) Hoffmann-Stephan, aaO, Bem. 4 zu § 5.

8) Hoffmann-Stephan, aaO, Bem. 3 zu § 5.

deutung, als einerseits für gebrauchte Gegenstände, wenn diese etwa zum Zwecke der Teilung verkauft werden müßten, nur ein geringer Erlös zu erzielen wäre, andererseits Neuanschaffungen mit ganz erheblichen Kosten verbunden sind. Um für Benutzungsfragen sachdienliche Lösungen zu erreichen ¹⁾, nicht um Eigentum als solches umzuverteilen, wird in besonderen Fällen zum Mittel der Eigentumsverschiebungen zwischen den Ehegatten gegriffen. Auch die Tatsache, daß weitgehend Ausgleichszahlungen und Nutzungsentschädigungen angeordnet werden sollen, macht deutlich, daß Benutzungsbedürfnisse, nicht Ausgleichsgesichtspunkte Zweck und Inhalt der Verordnung bestimmen. Dazu passen auch eine Reihe von Gesichtspunkten, die der Hausratsrichter bei seinen Maßnahmen zu berücksichtigen hat, wie etwa die Beachtung der Ursachen der Eheauflösung und das Wohl der Kinder (§ 2 HausrVO) nicht, wenn es darum geht, ob einem Ehegatten ein gerechter Lohn für seine Mitarbeit zugestanden werden soll. Mit Recht wird denn auch in Rechtsprechung und Literatur eine analoge Anwendung der Hausratsverordnung auf bares Geld, Wertpapiere, sonstiges Vermögen der Ehegatten und Grundstücke abgelehnt ²⁾.

Es erscheint nach all dem doch recht fraglich, ob die so andersgerichteten Grundsätze der Hausratsverordnung analog zur Abgeltung von Mitarbeit herangezogen werden können. Letztlich wäre im Falle des Todes des Ehegatten, gegen den der Anspruch auf Mitarbeitsentgelt gerichtet ist, eine Lösung mit Hilfe der analogen Anwendung der Hausratsverordnung nicht zu erzielen ³⁾, denn eine Anwendung der Hausratsverordnung auf den Fall der Auflösung der Ehe durch Tod

-
- 1) Vgl. Dölle, I. Bd., S. 637: "Der Richter hat die Aufgabe, alle Benutzungsstreitigkeiten in Ansehung der Ehewohnung und des Hausrats zu entscheiden."
 - 2) Vgl. OGH Brit. Z. MDR 1949, 160 mit zust. Anm. Bruns, aaO, 161; Hoffmann-Stephan, aaO, Bem. 3 A zu § 1; Erman-Ronke, Bem. 4 zu § 1 HausrVO; Kuhnt, AcP 150 (1949), 135; Kirstein, NJW 1947/8, 467, der allerdings de lege ferenda eine Ausdehnung auf das gesamte Vermögen der Ehegatten befürwortet; für Ausdehnung der Zuständigkeit des "Hausratsrichters" auch Pöhlmann, JR 1950, 359. Die Einbeziehung von Entschädigungsansprüchen für Kriegs-, Vertreibungs- oder Besatzungsschäden und anderer Rechte, die sich auf den Hausrat beziehen, in den Geltungsbereich der VO (vgl. dazu Erman-Ronke, Bem. 4 zu b) zu § 1 HausrVO mit Nachweisen) ist dagegen gerechtfertigt.
 - 3) Müller-Freienfels, Nipperdey-Festschrift I (1965) S. 656 erwähnt insoweit den Fall der Auflösung der Ehe durch Tod nicht. Umgekehrt scheint er im Todesfall einen Entgeltanspruch, der nur den Erben zugute käme, abzulehnen (vgl. aaO, S. 656 oben).

ist, wie sich auch aus §§ 1, 25 HausrVO ergibt, nach einhelliger Meinung ausgeschlossen ¹⁾).

c) Bereicherungsansprüche bei Mitarbeit

aa) Die Voraussetzungen für die Gewährung von Bereicherungsansprüchen bei Mitarbeit

Eine weitere mögliche Lösung der Entgeltfrage könnte im Bereicherungsrecht zu finden sein. Es ist die Ansicht vertreten worden, die Gewährung von Bereicherungsansprüchen sei zum Ausgleich geleisteter Mitarbeit "sachentsprechend" ²⁾.

Das Reichsgericht hatte auf dem Wege über Bereicherungsansprüche in besonderen Fällen eine Abgeltung der - über die Pflicht aus § 1356 II BGB a.F. hinausgehenden Mitarbeit ³⁾ - ermöglichen wollen. In einer bedeutsamen Entscheidung aus dem Jahre 1938 ⁴⁾ wird ausgeführt, auch bei einer über die Verpflichtung gem. § 1356 II BGB (a.F.) hinausgehenden Mitarbeit sei es "möglich, daß der Frau bei ihrer Tätigkeit die Absicht auf Erlangung eines ... Entgelts gefehlt (habe), sei es, weil sie lediglich aus idealen Gründen ihrem Mann seine Arbeit erleichtern wollte, sei es aus der Erwägung, schon in der so ermöglichten Erhöhung der gemeinsamen Lebensführung und in dem ihr bei Ableben des Mannes zufallenden Erbteil einen hinreichenden Ausgleich zu finden, in welchem Fall ihr bei Scheidung der Ehe ein Anspruch höchstens gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 zweiter Halbsatz BGB zustehen könnte". Fast dieselbe Formulierung gebrauchte das Gericht in einer 1/2 Jahr später ergangenen Entscheidung ⁵⁾. Anlaß dieser Ausführungen des Reichsgerichts war offenbar die Neigung mancher Berufungsgerichte - wohl im Anschluß an eine Entscheidung des Kammergerichts ⁶⁾ -, bei der Verpflichtung aus § 1356 II BGB überschreitender Mitarbeit "ohne weiteres" einen Anspruch der Frau auf Beteiligung am Geschäftsertrag (stillschweigender Gesellschaftsvertrag) oder Entlohnung (Dienstvertrag) zuzusprechen.

-
- 1) Vgl. hierzu OLG Hamm, NJW 1965, 872 und die in der Anm. der Schriftleitung, aaO, 873 aufgeführten Stimmen aus Literatur und Rechtsprechung.
 - 2) Maier, JurJb. 1963/4, 105 f. Für Beurteilung nach Bereicherungsgrundsätzen mangels von Vereinbarungen auch Natter, WürttZ 1933, 158.
 - 3) Vgl. dazu A. Müller, NJW 1947/48, 42.
 - 4) RGZ 158, 380 (383).
 - 5) RG SeuffArch. 93 (1939) Nr. 115.
 - 6) JW 1921, 635.

Rein grammatikalisch läßt sich nicht zweifelsfrei aus den Ausführungen des Reichsgerichts entnehmen, ob das Gericht nur im Hinblick auf einen etwa entgangenen Erbteil bei Scheidung die *condictio causa data causa non secuta* (§ 812 I 2, 2. Halbs. BGB) für gegeben erachtet, oder auch dann, wenn durch Scheidung die erwartete und bezweckte Erhöhung der gemeinsamen Lebensführung jedenfalls in Zukunft wegfällt. Im Regelfall wird zwar, wie das RAG¹⁾ meint, eine Bereicherung schon begrifflich ausgeschlossen sein, wenn die Ehefrau einen Ausgleich für ihre Mitarbeit darin gefunden hat, daß sich ihre Lebenshaltung verbesserte. Es ist aber auch denkbar, daß ein Ehegatte mitarbeitete und damit erkennbar für seinen Partner den Zweck verfolgte, auch in Zeiten nicht mehr ausgeübter Tätigkeit dank seiner früheren Leistungen einen erhöhten Lebensstandard zu genießen. Auch in einem solchen Fall könnte, wenn die Mitarbeit durch die schon empfangene Teilhabe am erhöhten Lebensstandard noch nicht ausgeglichen ist, bei Scheidung an die Gewährung eines Bereicherungsanspruches gedacht werden. Weiterhin wird man heute die Beschränkung auf Mitarbeit, die über den Rahmen des § 1356 II BGB hinausgeht, nicht mehr mitvollziehen müssen. Ebenso, wie ausdrückliche entgeltliche Verträge auch dann möglich sind, wenn es sich um Arbeiten handelt, die äußerlich nicht mehr sind als das, was vom Partner gemäß § 1356 II BGB gefordert werden kann, ist es denkbar, daß zwar auf der Grundlage des § 1356 II BGB mitgearbeitet wird, aber in der erkennbaren Erwartung, einen Ausgleich durch Erbteil, Teilnahme am erhöhten Lebensstandard oder in anderer Form, etwa der Vereinbarung der Gütergemeinschaft²⁾, zu erhalten³⁾. In solchen Fällen könnte ein Bereicherungsanspruch insbesondere bei Auflösung der Ehe gegeben sein. Voraussetzung ist die zumindest stillschweigende Einigung der Ehegatten über den mit der Mitarbeit verfolgten Zweck. Gegenüber dem Einwand Gernhubers⁴⁾, die *condictio causa data causa non secuta* sei in Fällen der vorliegenden Art nicht anwendbar, weil diese Norm ein Rechtsgeschäft voraussetze, das gerade bei bloßer familienrechtlicher Mitarbeit fehle, ist darauf zu verweisen, daß von Rechtsprechung und Lehre § 812 I 2, 2. Halbs. BGB gerade auch dann angewandt wird, wenn eine schuldrechtliche Unterlage fehlt und lediglich die Zweckvereinbarung vorlag⁵⁾.

1) RAGE 23, 91.

2) BGH FamRZ 1966, 492.

3) So auch BGH FamRZ 1965, 319 für Arbeit gem. § 1617 BGB.

4) Lehrbuch S. 175. Im Ergebnis ebenso Staudinger-Hübner, Bem. 54 zu § 1356.

5) Vgl. v. Caemmerer, Festschrift für Rabel I, S. 346 f. (allerdings kritisch); Zeiss NJW 1963, 210; Staudinger-Seufert, Bem. 41 zu § 812; RG SeuffArch. 70 Nr. 149; BGH FamRZ 1960, 102; BGH FamRZ 1965, 319; BGH MDR 1966, 316; vgl. auch OLG Hamm NJW 1962, 2108 und dazu Zeiss, NJW 1963, 210.

Insbesondere hat der BGH ¹⁾ es für möglich gehalten, daß bei Mitarbeit nach § 1617 BGB (Dienstleistungspflicht des Hauskindes) eine spätere Vergütung vorgesehen werde ²⁾. Dadurch, daß bei Enttäuschung der Erwartung auf spätere Vergütung ein Anspruch auf Schadloshaltung (Bereicherungsanspruch) erwachse, werde nicht berührt, daß die Dienstleistungen auf dem familienrechtlichen Verhältnis beruhen ³⁾. Eine Zweckvereinbarung, die zu einem Bereicherungsanspruch führen kann, liegt aber nur vor, wenn die beschriebenen Erwägungen des Mitarbeit leistenden Ehegatten nicht einseitig nur Motiv geblieben sind ⁴⁾. Ausreichend ist es aber, wenn der die Mitarbeit erbringende Ehegatte für seinen Partner erkennbar seine Tätigkeit in der Absicht der Teilhabe ausübte und der begünstigte Ehegatte durch vorbehaltlose Annahme ⁵⁾ erkennen ließ, daß er sich dieser Willensrichtung unterwarf ⁶⁾.

Angesichts dieser Voraussetzungen für die *condictio causa data causa non secuta* erscheint es zweifelhaft - abgesehen von sonstigen Unzulänglichkeiten einer solchen Lösung der Gewährung von Bereicherungsansprüchen ⁷⁾ -, ob der "Ausgleich" über § 812 I 2, 2. Halbs. BGB sich vorteilhaft von der als unbefriedigend empfundenen "Konstruktion" von stillschweigend zustande gekommenen Arbeits- oder Gesellschaftsverträgen abhebt. Wieder müßte festgestellt werden, ob eine Zweckvereinbarung zwischen den Eheleuten zustande gekommen ist ⁸⁾. Schwerlich wird

1) FamRZ 1965, 318 f.

2) Ob die Grundsätze der § 1617 BGB betreffenden Entscheidung auch für Mitarbeit unter Ehegatten gelten, hält BGH FamRZ 1966, 494 allerdings - zu Unrecht - für zweifelhaft.

3) Vgl. auch BGH FamRZ 1960, 102 mit weiteren Nachweisen.

4) RGRK, Bem. 94 zu § 812; Soergel-Siebert, Bem. 140 zu § 812; Staudinger-Seufert, Bem. 43 zu § 812; vgl. auch Hübner AcP 151 (1950/51), 421.

5) Vgl. BGH MDR 1966, 316: "Will der Empfänger die Leistung nicht unter der ihm bekannten Voraussetzung annehmen, so muß er es sagen; andernfalls verlangen es Treu und Glauben, daß sein Verhalten als Einverständnis gewertet wird."

6) Staudinger-Seufert, Bem. 43 zu § 812 mit weiteren Nachweisen; BGH MDR 1966, 316.

7) Vgl. dazu unten S. 42 ff. Überdies läßt sich ein Anspruch während Bestehens der Ehe in aller Regel bei der Lösung über die *causa data causa non secuta* nicht begründen.

8) Mit Recht meint Gernhuber, FamRZ 1958, 246: "(Die *condictio causa data causa non secuta*) ist ... dogmatisch nicht überzeugender als die fin- gierten Arbeits- und Gesellschaftsverträge".

sich etwa als gemeinsame Willensrichtung die Erlangung eines höheren Erbteils nachweisen lassen. Solange in einer intakten Ehe mitgearbeitet wird, werden wohl nur selten Erwägungen angestellt werden, die sich mit der Lage nach dem Tod eines Ehegatten befassen.

Dagegen schließt die Lösung der Zugewinnngemeinschaft einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht aus ¹⁾. Der Zugewinnanspruch ist an ganz andere Voraussetzungen geknüpft. So kann es sehr wohl sein, daß der Ehegatte, der mitgearbeitet hat, gar nicht ausgleichsberechtigt ist. Zum anderen kann der Ehegatte, der durch die Mitarbeit noch einen Bereicherungsanspruch erworben hat, dadurch in manchen Fällen besser gestellt sein, als wenn man ihm bloß den Anspruch auf Ausgleich auf Zugewinn zubilligte ²⁾.

Nicht nur im Falle der Scheidung könnte die *condictio causa data causa non secuta* gewährt werden, sondern auch im Falle der Auflösung der Ehe durch Tod des Partners, wenn die Mitarbeit erbracht wurde unter der Vereinbarung, einen Ausgleich in dem Erbteil zu finden, und der Ehegatte, der die Leistungen empfangen hat, seinen Partner enterbt oder mit weniger bedacht hat, als dem vorgestellten Ausgleich durch den Erbteil entspricht.

Bei einem Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges ist § 815 BGB zu beachten. Zu fragen ist, ob dann, wenn der Ehegatte, der mitgearbeitet hatte, schuld an der Scheidung ist, der Bereicherungsanspruch ausgeschlossen ist. Einen Anhaltspunkt, wie solche Fälle zu behandeln sind, gibt die zur Rückforderung von Geschenken unter Verlobten ergangene Rechtsprechung. Nach durchaus herrschender Meinung ³⁾ kann § 815 BGB das durch § 1301 BGB gewährte Recht zur Rückforderung von Geschenken wegen unterbliebener Eheschließung vereiteln, wenn der Schenker die Eheschließung wider Treu und Glauben verhindert hat. Ein wider Treu und Glauben verstoßendes Verhalten des Rückfordernden liegt aber nicht immer schon dann vor, wenn ein wichtiger Grund für den Rücktritt vom Verlöbniß fehlte ⁴⁾, vielmehr bedarf es der Feststellung, daß der Rücktritt unehrenhaft war oder durch unehrenhaftes Verhalten der Leistende dem anderen Teil Anlaß zum Rücktritt gegeben hatte ⁵⁾. Sonach ist jedenfalls bei Scheidung wegen Ehebruchs oder einer anderen als unehrenhaftes

1) So aber Staudinger-Hübner, Bem. 54 zu § 1356.

2) Vgl. die Beispiele oben S. 27 f.

3) Vgl. Staudinger-Seufert, Bem. 2 zu § 815 mit Nachweisen; Staudinger-Dietz, Bem. 11 zu § 1301; - a. A. KG LZ 1922, 691 und Jacobi, JW 1925, 2110 f.

4) RG JW 1925, 2110; anders offenbar OLG Rostock SeuffArch. 76 Nr. 53.

5) Vgl. Staudinger-Dietz, Bem. 11 zu § 1301.

Verhalten zu würdigenden Eheverfehlung des Gatten, der die Mitarbeit geleistet hat, dieser durch § 815 gehindert, die *condictio causa data causa non secuta* zu erheben. Er muß sich vorhalten lassen, daß er den Erfolgeintritt, nämlich den Fortbestand der Ehe und damit den weiteren Genuß des durch seine Arbeit erhöhten Lebensstandards und den Erwerb eines durch seine Mitarbeit vergrößerten Erbteils wider Trau und Glauben verhindert hat. Entsprechendes hat zu gelten, wenn Bereicherungsansprüche nach Tod des durch die Mitarbeit begünstigten Ehegatten geltend gemacht werden, weil dieser seinen Partner ganz oder teilweise enterbt hat. Ist der Erblasser durch ein unehrenhaftes Verhalten seines Gatten zu dieser Maßnahme bestimmt worden, so scheitert ein Anspruch an § 815 BGB.

Außer der *condictio causa data causa non secuta* könnte in bestimmten Fällen der über die Pflicht nach § 1356 II BGB hinausgehenden Mitarbeit die *condictio indebiti* (§ 812 I S. 1 BGB) in Betracht kommen. Sie greift auch ein, wenn zum Zwecke der Erfüllung einer auf dem Gesetz beruhenden, auch familienrechtlichen Verbindlichkeit geleistet wurde, diese aber nicht bestand ¹⁾. Hat sich ein Ehegatte fälschlicherweise gemäß § 1356 II BGB für verpflichtet gehalten, mitzuarbeiten oder in dem stattgehabten Ausmaß mitzuarbeiten, und ist er gerade deshalb auch tätig geworden, so wäre ein Anspruch aus § 812 I S. 1 BGB denkbar. Die letztgenannte Voraussetzung ist wichtig: die bloße Erbringung einer nicht geschuldeten Leistung genügt nicht ²⁾. Ist dagegen aus Gefälligkeit oder in Erfüllung einer sittlichen oder Anstandspflicht über den Rahmen des § 1356 II BGB mitgearbeitet worden, so liegt entweder bereits ein Rechtsgrund i. d. R. in Form der Schenkung vor ³⁾, jedenfalls aber wäre ein Bereicherungsanspruch gemäß § 814 1. Fall BGB ausgeschlossen ⁴⁾. War nur der empfangende Ehegatte der Auffassung, die Mitarbeit werde allein aus ehelicher Verbundenheit oder aus Gefälligkeit erbracht, hat sich aber der mitarbeitende Ehegatte gesetzlich für verpflichtet gehalten, so ist jedenfalls durch § 814 1. Fall eine Kondiktion nicht ausgeschlossen. Zu fragen bleibt, ob nicht aber immer dann, wenn zur Erfüllung einer vermeintlichen Verpflichtung aus § 1356 II BGB mitgearbeitet wurde, ein Bereicherungsanspruch durch § 814 2. Fall BGB vereitelt wird. Wird in § 1356 II BGB auch nur eine Rechtspflicht begründet, so darf man an-

1) Vgl. Staudinger-Seufert, Bem. 19, 20 zu § 812.

2) Soergel-Siebert, Bem. 97 zu § 812; Palandt, Bem. 6 Aa zu § 812.

3) Staudinger-Seufert, Bem. 17 zu § 812 (2. Fußnote).

4) Vgl. RGZ 78, 78; RGRK Bem. 13 zu § 814; Esser (2. Aufl.) S. 791: "Wer bewußt nur zur Erfüllung einer sittlichen oder Anstandspflicht leistet, weiß daß er rechtlich nicht verpflichtet ist und ist daher schon nach § 814 1. Alt. von der Kondiktion ausgeschlossen".

dererseits die darüber hinausgehende sittliche Pflicht zur Unterstützung des anderen Ehegatten nicht zu weit ausdehnen. Nicht in jedem Fall und nicht in jedem Umfang ist uneigennützige Unterstützung sittliche Pflicht oder durch den Anstand geboten; man wird vielmehr auf die Umstände im Einzelfall abzustellen haben, namentlich auf Notwendigkeiten und Bedürftigkeit beim Empfänger-Ehegatten ¹⁾. Aus diesen Gründen wird eine *condictio indebiti* an § 814 2. Fall BGB scheitern, wenn der empfangende Ehegatte sich in Zwangslagen befindet, wie sie z.B. schlechter Gesundheitszustand, schlechter Geschäftsgang, schwerer Arbeitskräftemangel u.ä. darstellen.

Während besonders mit der *condictio indebiti* ²⁾, aber auch mit der *condictio causa data causa non secuta* nur unter bestimmten Voraussetzungen ein Ausgleich für geleistete Mitarbeit erzielt werden kann, erblickt Maier ³⁾ die Lösung des Ausgleichsproblems - wenigstens hinsichtlich der Mitarbeit der Ehefrau - ganz allgemein in der Gewährung von Bereicherungsansprüchen. Obwohl sich § 1356 II BGB formal an beide Ehegatten wende, sei doch "in aller Regel" nur die Frau von § 1356 II BGB betroffen ⁴⁾. Es sei aber ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG, eine "durch keine wesentliche Verschiedenheit gerechtfertigte Ungleichheit . . . , wenn der Gesetzgeber eine unentgeltliche Mitarbeit von der Frau verlangen würde" ⁵⁾. Die Mitarbeitspflicht der Frau verstoße nur dann nicht gegen Art. 3 Abs. 2 GG, wenn der Ehemann ein Entgelt zahle. Folglich schulde "die Frau ihre Mitarbeit nur unter der Bedingung einer Vergütung. (Leiste) sie die Mitarbeit unentgeltlich, so (falle) die Bedingung aus, und die Frau (habe) eine nicht geschuldete Leistung erbracht. Da die Zurückerstattung der Dienstleistung nicht möglich ist, (schulde) der Mann nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz, d.h. die ersparte Vergütung" ⁶⁾.

-
- 1) Vgl. RGRK Bem. 14 zu § 814, und Staudinger-Seufert, Bem. 9 zu § 814, die zwar allgemein formulieren, sittliche Pflicht verlange die Unterstützung von Angehörigen, in ihren Beispielen aber von Leistungen an "arme" bzw. "dürftige" Verwandte sprechen. RGZ 63, 38 (42) schließt Rückforderung aus, wenn der Ehefrau anstelle des nur geschuldeten notdürftigen der standesgemäße Unterhalt gewährt wird.
- 2) Hält sich die Mitarbeit im Rahmen des § 1356 II BGB, so liegt ein Rechtsgrund für die Leistungen in Gestalt von § 1356 II BGB vor (RAGE 23, 91).
- 3) JurJb. 1963/4, S. 103 ff.
- 4) aaO, S. 103 f.
- 5) aaO, S. 103.
- 6) aaO, S. 106.

Gedacht ist offenbar an die *condictio indebiti*, weil der Rechtsgrund der Mitarbeit aufschiebend bedingt durch die Vergütung war, diese Bedingung aber ausgefallen ist ¹⁾. Bei der von Maier vorgeschlagenen Konstruktion ist nicht recht einzusehen, wieso lediglich ein Bereicherungsanspruch gegeben sein soll. Bei der "Bedingung einer Vergütung" handelt es sich gar nicht um eine Bedingung i. S. der §§ 158 ff. BGB. Echte Bedingungen sind rechtsgeschäftliche Bestimmungen, durch die die Wirkungen des Rechtsgeschäftes von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht werden. Ist aber die Frau nur zu entgeltlicher Mitarbeit verpflichtet, wie Maier annimmt, dann handelt es sich bei der Vergütung nicht um eine rechtsgeschäftliche Bedingung, vielmehr ist an die Mitarbeit rechtlich gemäß Art. 3 II GG die Folge der Vergütungspflicht geknüpft ²⁾. Die Frau hat wegen geleisteter Mitarbeit einen Rechtsanspruch auf Vergütung. Für einen Bereicherungsanspruch ist gar kein Raum.

bb) Der Inhalt des Bereicherungsanspruchs

Für die oben beschriebenen Fälle, in denen Mitarbeit tatsächlich einen Bereicherungsanspruch auslösen kann, ist zu untersuchen, welchen Inhalt dieser Anspruch hat. Erlangt i. S. von § 812 BGB sind die geleisteten Dienste ³⁾. Die Bereicherung wird im allgemeinen in der Ersparung von Aufwendungen gesehen, die der Empfänger der Dienstleistungen sonst für Arbeitslöhne hätte machen müssen ⁴⁾. Auch in unmittelbarer Form kann die Dienstleistung zu einer Bereicherung geführt haben ⁵⁾, so, wenn durch die Dienste Erträge und Wert eines Geschäftes

1) Soergel-Siebert, Bem. 130 zu § 812, nehmen an, bei Ausfall der Bedingung stehe zur Rückforderung die *condictio ob causam finitam* zur Verfügung. Das dürfte aber nicht zutreffend sein, weil bis zum Eintritt der Bedingung ein Rechtsgrund gar nicht vorliegt, also auch nicht wegfallen kann; In diesem Sinne zutreffend auch RG Recht 1922 Nr. 1399, das, entgegen dem Zitat bei Soergel-Siebert, aaO, gerade die Gewährung der *condictio ob causam finitam* ablehnt. Vgl. auch RGRK, Bem. 98 zu § 812.

2) Dagegen bestehen aber Bedenken, s. unten S. 51 f.

3) BGH WM 1962, 1036.

4) RG WarnRspr. 1911 Nr. 267; RG SeuffArch. 70 Nr. 149; RAGE 22, 29; BGH FamRZ 1965, 317 (319); BGH FamRZ 1966, 495; Erman-Seiler, Bem. 2c zu § 812; RGRK Bem. 14 zu § 812; Staudinger-Seufert, Bem. 13, 13b zu § 812; Hueck, ARS 35 (LAG) 80 (Anm.).

5) Esser (2. Aufl.) S. 781 (§ 189, 8 zu c).

gestiegen sind ¹⁾. Eine Bereicherung kommt nicht in Betracht, wenn die Dienste für den Empfänger völlig wertlos waren ²⁾.

Für den praktischen Wert eines Bereicherungsanspruchs bei Mitarbeit ist es von erheblicher Bedeutung, ob der Empfänger der Dienstleistungen einwenden kann, er habe keine Aufwendungen erspart, denn bei Nichtleistung der Dienste hätte er sich anderweit beholfen, jedenfalls keine bezahlte Arbeitskraft eingestellt. Wäre dies unbeschränkt möglich, so wäre der Leistende oft lediglich auf den - i. d. R. - schwer feststellbaren Wertzuwachs eines Geschäfts u. dgl. verwiesen. In der bereits zitierten Entscheidung des OLG Königsberg ³⁾ ist dieser Einwand zugelassen worden. Auch das RAG ⁴⁾ nahm jedenfalls im Hinblick darauf, daß es sich im entschiedenen Fall ihrer Natur nach nicht um Arbeiten handelte, die immer fest entlohnt zu werden pflegen, an, eine Bereicherung durch Ersparung von Aufwendungen sei nicht gegeben. Ebenso hat der BGH ⁵⁾ unter Hinweis darauf, daß bei der geringen Ertragsfähigkeit eines Bauernhofes ein fremder Arbeitnehmer nicht hätte eingestellt werden können, eine über den bereits empfangenen Unterhalt hinausgehende Bereicherung verneint. Dagegen wird jedoch im Anschluß an die Rechtsprechung bei unbefugter Benutzung fremder Sachen ⁶⁾ oder unbefugtem Gebrauch fremder Immaterialgüterrechte ⁷⁾ - in diesen Fällen wird der Einwand, man hätte sich anderwärts beholfen, jetzt stets zurückgewiesen ⁸⁾ - behauptet, der Bereicherungsanspruch sei immer begründet, wenn gewöhnlich für derartige

-
- 1) RAG ARS 36, 287 (289); vgl. auch OLG Königsberg HRR 1939 Nr. 1172; Eine ursprünglich eingetretene Bereicherung durch Arbeit des Sohnes auf dem väterlichen Hof wird bejaht. Die Bereicherung des Vaters sei jedoch weggefallen, nachdem er den Hof nur gegen ein Ausgedinge einem anderen Sohn überlassen hatte. Eine Bereicherung durch Ersparnis von Aufwendungen für eine anderweit einzustellende Arbeitskraft komme nicht in Betracht, weil der Vater sonst unentgeltlich die Arbeitsleistung eines anderen Sohnes erhalten hätte.
 - 2) Planck-Landois (1927), Bem. 4 zu § 818.
 - 3) HRR 1939 Nr. 1172.
 - 4) ARS 36, 287 (291).
 - 5) FamRZ 1966, 492 (494 f.). Näher dazu unten S. 47 f.
 - 6) Vgl. RGZ 97, 312; LG Frankenthal MDR 1958, 770.
 - 7) Vgl. BGHZ 20, 355. Zur Problematik der Bereicherung bei Eingriffserwerb eingehend Mestmäcker, JZ 1958, 521 ff. und Kleinheyer, JZ 1961, 473 ff.
 - 8) Vgl. die in den Fn. 6 und 7 genannten Entscheidungen, und auch LG Köln MDR 1959, 211 (Nr. 68).

Arbeitsleistungen eine Vergütung hätte gezahlt werden müssen ¹⁾. Es ist nicht einzusehen, warum der Fall der rechtsgrundlosen Entgegennahme von Dienstleistungen anders behandelt werden sollte als der des rechtsgrundlosen Eingriffs in ein fremdes Recht. Hier wie dort muß sich der Bereicherte an der Sachlage festhalten lassen, die er selbst geschaffen hat ²⁾ und darf sich nicht mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen ³⁾. In aller Regel muß deshalb dem Empfänger der Dienstleistungen der Einwand, Aufwendungen habe er nicht erspart, weil er sich anderweit beholfen hätte, verwehrt werden. Ausnahmen sind u. U. dann möglich, wenn die Dienstleistungen so eigenartiger Natur waren, daß ein Vergleich mit der Leistung durch eine zu entlohnende Arbeitskraft nur schwer möglich ist ⁴⁾.

Bei Mitarbeit eines Verwandten, insbesondere eines Ehegatten, sollte nicht übersehen werden, daß sehr wohl der Wert der Bereicherung in der einem fremden Arbeitnehmer zu zahlenden - nicht unbedingt tarifmäßigen - Vergütung besteht, auch wenn wegen der schlechten Ertragslage des Betriebes etwa ein solcher fremder Arbeitnehmer tatsächlich nicht eingestellt worden wäre oder hätte eingestellt werden können. Denn auch von diesem grundsätzlichen Ausgangspunkt her ist noch keineswegs gesagt, daß eine solche angemessene oder übliche Vergütung demjenigen, der mitgearbeitet hat, tatsächlich zu zahlen ist. Nicht nur ist der eigene Unterhalt, den der Dienstleistende bezogen hat, von diesem Betrag abzuziehen ⁵⁾, zu berücksichtigen sind bei der Endabrechnung auch die Unterhaltungspflichten des Dienstleistenden gegenüber seinen Verwandten, insbesondere der Ehefrau und den Kindern gegenüber ⁶⁾. Mit der Formel, der Betrieb habe die Einstellung einer

- 1) Vgl. dazu Staudinger-Seufert, Bem. 13b, 13d zu § 812; RGRK Bem. 14 zu § 812; Erman-Seiler, Bem. 2c zu § 812; Enneccerus-Lehmann, (15. Bearb.) S. 876: "Gleichgültig ist, ob sonst eine Geldausgabe ... gemacht worden wäre".
- 2) Vgl. RGZ 97, 312; BGHZ 20, 355.
- 3) So auch Hueck, ARS 35 (LAG) 80, der zwar das venire contra factum proprium in bezug auf § 612 BGB abhandelt, sodann aber fortfährt: "Zu demselben Ergebnis würde man übrigens auch dann kommen, wenn man eine völlige Nichtigkeit des Dienstvertrages annähme, denn der Beklagte müßte dann auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung den Betrag zahlen, den er infolge der Arbeitsleistung des Klägers erspart hat, d. h. aber den üblichen Lohn für eine derartige Arbeitsleistung".
- 4) Vgl. den Fall RAG ARS 36, 287.
- 5) So im Ergebnis auch BGH, FamRZ 1966, 495.
- 6) Das berücksichtigt in diesem Zusammenhang der BGH, FamRZ 1966, 495 nicht, während er an anderer Stelle des Urteils (S. 493) mit Recht die Unterhaltungspflichten des Dienstleistenden in Betracht zieht. Zutreffend RAG ARS 47, 38: "Als schon erhaltene Abgeltung" ist sowohl der Unterhalt, der den Mitarbeit leistenden Ehegatten gewährt worden ist, abzuziehen, als auch Beträge in dem Umfang, in dem er seinem Ehegatten oder Kindern unterhaltspflichtig war.

fremden Arbeitskraft nicht zugelassen, ist über die Frage der Bewertung der Dienstleistungen eines Familienmitglieds in solchen Fällen auch im Hinblick auf Billigkeitsrücksichten nichts Entscheidendes ausgesagt. Ein beträchtlicher Teil der "Vergütung" bei Arbeit eines Familienangehörigen läuft nämlich als Unterhaltsleistung an die ebenfalls "aus dem Betrieb" lebenden Unterhaltsberechtigten zurück. Im Falle der Beschäftigung eines Fremden dagegen würde der Arbeitslohn im allgemeinen der Unterhaltung Dritter, außerhalb stehender Personen dienen. Das allerdings würde ein solcher Betrieb sehr oft nicht zu leisten vermögen. Hinsichtlich einer dann auch bei Berücksichtigung dieser Unterhaltsbeträge für den Mitarbeitenden selbst sowie der von ihm geschuldeten Unterhaltsleistungen möglicherweise immer noch verbleibenden Differenz zu der für den Umfang der Bereicherung maßgebenden angemessenen oder üblichen Vergütung wird sich oft feststellen lassen, daß diese "Überschüsse" vom Dienstleistenden selbst unmittelbar in den Betrieb zu Verbesserungen, Reparaturen etc. "gesteckt" wurden. So stellt sich insoweit dann nicht die Frage der Ersparung von Aufwendungen für eine fremde Arbeitskraft, sondern die nach einer Bereicherung durch Wertzuwachs des Betriebes mit den dieser eigenen Risiken ¹⁾. Diesen Sachverhalt, daß er es nämlich war, auf dessen Initiative und Anregung ²⁾ die Umformung des ursprünglich Erlangten (der ersparten Aufwendung) in Investitionen usw. vor sich ging, muß sich der Dienstleistende entgegenhalten lassen (*venire contra factum proprium*). Grundsätzlich bleibt es also dabei, daß der Einwand, man habe sich anderweit beholfen, nicht zulässig ist.

Mag es in Fällen der Bereicherung wegen unbefugten Eingriffs in ein fremdes Recht zweifelhaft sein, ob eine Bereicherung vorliegt, wenn der Verletzte anderwärts eine Einnahme nicht erzielt hätte ³⁾, so können doch in den Fällen, wo eine Arbeitsleistung erbracht wurde, keine Zweifel daran bestehen, daß es an einer Bereicherung nicht deshalb fehlt, weil der Dienstleistende seine Arbeitskraft anderwärts hätte nicht verwenden können ⁴⁾; "der Bereicherungsanspruch soll nicht eine Vermögensminderung im Vermögen des Benachteiligten, sondern einen grundlosen Vermögenszuwachs im Vermögen des Bereicherten ausgleichen" ⁵⁾.

1) Vgl. den Fall OLG Königsberg HRR 1939 Nr. 1172.

2) So offenbar in dem Fall BGH FamRZ 1966, 492.

3) Für Unbeachtlichkeit dieses Einwandes BGHZ 20, 355. Vgl. dazu näher Mestmäcker, JZ 1958, 521 ff.; Kleinheyer, JZ 1961, 473 ff.

4) So auch Staudinger-Seufert, Bem. 13b mit 13d zu § 812; Esser (2. Aufl.), S. 781 (§ 189, 8 zu c)).

5) BGHZ 20, 355.

Da die Dienstleistungen in natura nicht zurückerstattet werden können, ist gem. § 818 II BGB Wertersatz zu leisten. Nach dem oben bereits Ausgeführten ist die "Bereicherung grundsätzlich in den wiederkehrenden Lohnzahlungen an eine fremde Arbeitskraft zu erblicken, die ... erspart worden sind" ¹⁾. Wertersatz ist also in aller Regel "die übliche oder (mangels einer solchen) die angemessene Vergütung" ²⁾. Dabei braucht nicht stets der Tariflohn zugrundegelegt zu werden ³⁾.

cc) Wegfall der Bereicherung

Wegen der bei Bereicherungsansprüchen möglicherweise auftretenden "Realisierungsschwierigkeiten" durch Wegfall der Bereicherung hat das Gesetz, wie das Bundesarbeitsgericht ⁴⁾ ausführt, in § 612 I BGB die Fiktion eines vertraglichen Vergütungsanspruches aufgestellt. Das Gericht geht also davon aus, daß die durch Erbringung von Dienstleistungen eingetretene Bereicherung wieder wegfallen kann. Das OLG Königsberg ⁵⁾ nimmt einen Wegfall der Bereicherung jedenfalls dann an, wenn diese nicht in der Ersparung von Aufwendungen, sondern im Wertzuwachs eines Bauernhofes bestand und dieser nur gegen ein Ausgedinge einem anderen überlassen wurde. Liegt die Bereicherung hingegen, in der Ersparung von Aufwendungen, so ist ein Wegfall der Bereicherung, wie auch das OLG Königsberg anzunehmen scheint ⁶⁾, schwer denkbar. Bei rechtloser Nutzung einer Sache ist ein Wegfall der Bereicherung ausgeschlossen oder doch schwer vorstellbar ⁷⁾. Da hier wie dort die Bereicherung in der Ersparung von Aufwendungen liegt ⁸⁾, müßte

1) BGH FamRZ 1965, 317 (319).

2) BGHZ 36, 323; BGH WM 1962, 1035 (1036); BGH FamRZ 1965, 317 (319); RG SeuffArch. 70 Nr. 149; Planck-Landois, Bem. 4d zu § 818; RGRK Bem. 24 zu § 818; Palandt, Bem. 5b zu § 818; Staudinger-Seufert, Bem. 22 zu § 818; wohl auch Kleinheyer, JZ 1961, 476.

3) BGH FamRZ 1965, 317 (319). "Üblich und angemessen" und "tarifmäßig" setzt BGH FamRZ 1966, 495 gleich.

4) AP Nr. 13 zu § 612.

5) HRR 1939 Nr. 1172.

6) HRR 1939 Nr. 1172. Das scheint daraus hervorzugehen, daß das Gericht nicht nur feststellt, der Vater habe den Hof weggegeben, sondern ausdrücklich auch, daß er Aufwendungen durch die Arbeit seines Sohnes nicht erspart habe (zur Beachtlichkeit eines solchen Einwandes oben S. 46 ff.). Die Möglichkeit, daß bei Ersparnis von Aufwendungen trotz Weggabe des Hofes die Bereicherung nicht weggefallen sein könnte, wird also offenbar bejaht.

7) Mestmäcker, JZ 1958, 524; Kleinheyer, JZ 1961, 475;

8) Vgl. Staudinger-Seufert, Bem. 13 ff. zu § 812; RGRK, Bem. 14 zu § 812; Erman-Seiler, Bem. 2c zu § 812; Esser, Lehrbuch (2. Aufl.), S. 781.

Gleiches auch im Falle der Erbringung von Diensten gelten. Zweifellos tritt ein Wegfall der Bereicherung nicht dadurch ein, daß der empfangende Ehegatte durch die Ersparung von Aufwendungen in die Lage versetzt wurde, Schulden, die er sonst nicht hätte bezahlen können, zu begleichen, auch wenn er im übrigen vermögenslos ist ¹⁾, oder überhaupt Ausgaben gemacht hat, die er ohnehin getätigt hätte ²⁾. Ebensowenig ist unvorteilhafter Geschäftsgang und Vermögensstand des Empfängers der Dienstleistungen geeignet, einen Wegfall der Bereicherung herbeizuführen ³⁾. So bleibt in dieser Hinsicht nur fraglich, ob ein Wegfall der Bereicherung dann angenommen werden kann, wenn der Empfänger der Dienstleistungen gerade im Hinblick auf die Aufwendungsersparnis Ausgaben getätigt hat, die er sonst unterlassen hätte. Insbesondere bei Überzahlung von Beamtengehältern wird ein Wegfall der Bereicherung bejaht, wenn der Empfänger im Hinblick auf das Erlangte Ausgaben gemacht hat, die er sonst vermieden haben würde ⁴⁾. Da es ohne Bedeutung ist, ob empfangene Geldstücke selbst, ob anderes Geld zu solchen Ausgaben verwendet wurde oder ob eine empfangene Sache erst in Geld umgesetzt wurde und dann mit diesem die Ausgaben gemacht wurden ⁵⁾, muß es auch unerheblich sein, ob die Ausgaben dadurch ermöglicht wurden, daß Geld, das sonst hätte aufgebracht werden müssen, erspart worden ist.

Allerdings muß die Eingehung dieser andernfalls unterlassenen Aufwendungen in ursächlichem Zusammenhang mit dem Vorgang stehen, der zu der Bereicherung geführt hat ⁶⁾. Folgt man der modernen Lehre, die die Abgrenzung nach dem Ursachenzusammenhang als "unzulänglich" bekämpft ⁷⁾, so wird man verlangen müssen, daß andere Aufwendungen nur dann einen Wegfall der Bereicherung bewirken können, wenn sie "gerade im (ursächlichen) Zusammenhang damit eintre-

- 1) Vgl. Staudinger-Seufert, Bem. 31 zu § 818; RGRK Bem. 44 zu § 818; Soergel-Siebert, Bem. 32 zu § 818; RG Recht 1925, 25 unter Nr. 29.
- 2) Vgl. Soergel-Siebert, Bem. 27 zu § 818; Staudinger-Seufert, Bem. 30 zu § 818; Erman-Seiler, Bem. 6B a bb zu § 818; RG JW 1935, 505; RG LZ 1924, 88.
- 3) RG JW 1908, 404 f.; Soergel-Siebert, Bem. 32 zu § 818.
- 4) RGZ 68, 270; RGZ 72, 4; RGZ 83, 159 f., 161 ff.; RG Gruchot 48, 1090; RG JW 1911, 323; BGH MDR 1959, 109 f.; Planck-Landois (1928), Bem. 5a zu § 818; Staudinger-Seufert, Bem. 39 zu § 818; Soergel-Siebert, Bem. 22 zu § 818; Palandt, Bem. 6 Aa zu § 818.
- 5) RG Gruchot 48, 1090; Planck-Landois (1928), Bem. 5a zu § 818.
- 6) Vgl. Erman-Seiler, Bem. 6A 6B a bb zu § 818; Staudinger-Seufert, Bem. 35, 39 zu § 818 mit Nachweisen; Palandt, Bem. 6 zu § 818; RGRK Bem. 30, 42 zu § 818; BGHZ 1, 81.
- 7) Vgl. dazu mit reichen Nachweisen Staudinger-Seufert, Bem. 35 zu § 818.

ten, daß der Schuldner auf die Beständigkeit seines Erwerbs vertraut hat" ¹⁾. Bei Überzahlungen von Beamtengehältern - dort ist "nach Zweck und Wesen des Beamtengehalts als einer Unterhaltsrente" die Verwendung für eine bessere Lebenshaltung stets als Wegfall der Bereicherung zu behandeln ²⁾ - liegt der ursächliche Zusammenhang auf der Hand. Auf der Tatsache, daß Mittel zur Bestreitung der Lebenshaltung gegeben werden, beruht es, wenn diese zur Erhöhung derselben verwendet werden ³⁾. Dagegen besteht zwischen der durch Leistung von Diensten eintretenden Bereicherung und der Eingehung von Aufwendungen, die sonst nicht gemacht worden wären, ein adäquat ursächlicher Zusammenhang nicht. Hier kann der Vorgang, der zur Bereicherung geführt hat, lediglich Beweggrund für die Eingehung solcher Ausgaben sein. Sind aber die "Tatsachen, welche die Grundlage des Vermögenszuwachses bilden, für den Leistungsempfänger nur (der) Beweggrund für (die) Eingehung weiterer eigener Verbindlichkeiten", so liegt ein Wegfall der Bereicherung nicht vor ⁴⁾.

Aus diesen Gründen erscheint in der Tat ein Wegfall der Bereicherung, die durch Leistung von Diensten in der Gestalt der Ersparnis von Aufwendungen eingetreten ist, entgegen der Annahme des BAG ⁵⁾, kaum möglich. Gleichwohl vermag der Weg über Bereicherungsansprüche eine befriedigende Lösung des Entgeltproblems nicht zu bieten. Denn, wie sich ergab, werden nur in wenigen Fällen dafür die Voraussetzungen, insbesondere eine Zweckvereinbarung, vorliegen oder nachzuweisen sein.

d) Die analoge Anwendung dienstvertraglicher Grundsätze zur Lösung des Entgeltproblems

aa) Die Begründung einer solchen Lösung in der Literatur

Eine weitere Lösung des Ausgleichsproblems bei Mitarbeit schlägt Kurt Lehmann ⁶⁾

- 1) Esser, Schuldrecht (2. Aufl.) S. 820; vgl. auch Larenz, Schuldrecht (7. Aufl.) II. Bd., S. 394 f.
- 2) Vgl. BGH MDR 1959, 109; s. auch RGZ 83, 159; bestimmungsgemäße Verwendung zu Unrecht bezogenen Pferdegeldes.
- 3) Vgl. Esser, Lehrbuch (2. Aufl.) S. 820, der als Beispiel für abzugsfähige kausale Nachteile "mit Rücksicht auf das Erlangte erhöhte Lebenshaltungskosten" nennt.
- 4) BGHZ 1, 81.
- 5) AP Nr. 13 zu § 612.
- 6) Stbg. 1958, 41 ff.

vor. Lehmann geht davon aus, daß die Frau - vorbehaltlich der Vereinbarkeit mit ihren häuslichen Pflichten - das Recht habe, erwerbstätig zu sein. Wenn es üblich sei, müsse diese Erwerbstätigkeit im Geschäft des Mannes ausgeübt werden¹⁾. Es genüge nun nicht, daß die Gleichberechtigung dadurch hergestellt werde, daß auch der Mann zur Mitarbeit verpflichtet sei. Wenn Mitarbeit unentgeltlich zu erbringen sei, so werde nur eine theoretische Gleichberechtigung geschaffen, da in der großen Mehrzahl der Fälle die Frau und nicht der Mann mitarbeitspflichtig sei²⁾. "Die Gleichheit vor dem Gesetz würde verletzt sein, wenn Staatsbürger, nur weil sie geheiratet haben, zwar arbeiten - mitarbeiten im Geschäft des Ehegatten - aber dabei keinen Erwerb haben dürfen"³⁾. Auch aus dem "Wesen der Ehe (sei) von dem Partner, dem die Mitarbeit geleistet wird, zu verlangen, dafür Entgelt zu zahlen"⁴⁾. Deshalb folge "aus den Rechtsgrundsätzen des § 612 BGB bzw. des Gesellschaftsrechts" ein Rechtsanspruch des mitarbeitenden Ehegatten auf Vergütung⁵⁾.

So weitreichende Folgerungen aus den grundgesetzlichen Bestimmungen zu ziehen hieße jedoch, diese Vorschriften zu überfordern⁶⁾. Man kann schon zweifeln, ob es überhaupt eine rechtliche Schlechterstellung der Frau bedeutet, wenn nach den tatsächlichen gesellschaftlichen Gegebenheiten sie es ist, die in erster Linie von dem Arbeitsgebot betroffen ist. Niemand wird ja wohl auch darin eine verbotene Schlechterstellung des Mannes erblicken, daß er in erster Linie nach § 1360 BGB aufgerufen ist, den Familienunterhalt durch Erwerbstätigkeit sicherzustellen. Insbesondere aber erscheint es nicht angängig, grundgesetzliche Bestimmungen zum Ausgangspunkt individueller Anspruchsgrundlagen zu nehmen⁷⁾. Ist die Bestimmung über die Arbeitspflicht in der Form des Gesetzes verfassungswidrig, so kann sie nicht damit aufrechterhalten werden, daß man ohne gesetzliche Grundlage einfach ihre Entgeltlichkeit kraft Verfassungsbefehls postuliert. Auch eine Verletzung des Gleichheitssatzes kann nicht zugestanden werden. Durch die - freiwillig eingegangene - Ehe übernimmt ein Staatsbürger natürlicherweise Pflichten gegenüber seinem Partner, die einen nicht Verheirateten nicht treffen. In diesen Beziehungen ist der verheiratete Staatsbürger mit dem nicht verheirateten nicht vergleichbar. Im übrigen kann auch keine Rede davon sein, daß der mitarbeitende Ehegatte keinen Erwerb haben

1) aaO, S. 43.

2) So auch Maier, JurJb. 1963/4, 103.

3) Lehmann, Stbg. 1958, 43.

4) aaO, S. 43.

5) aaO, S. 45 (Note 31).

6) So auch Wägenbaur, FamRZ 1958, 399.

7) Insoweit übereinstimmend auch Mann, aaO, S. 49.

"dürfe". Es steht ihm durchaus frei, mit seinem Partner ein Entgelt zu vereinbaren.

bb) Direkte oder analoge Anwendung von § 612 BGB?

Die folgenden Bemerkungen zum Entgeltproblem werden vom Reichsarbeitsgericht¹⁾ und von Kurt Lehmann²⁾ vertretene Gedankengänge aufgreifen und § 612 I BGB zum Ausgangspunkt nehmen. Nach dieser Vorschrift gilt "eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist". Es herrscht Übereinstimmung, daß § 612 I BGB nur dort Anwendung finden kann, wo "vereinbarte Arbeit" vorliegt³⁾; "wo keinerlei Vereinbarung von Arbeit vorliegt, kann nicht von stillschweigender Entgeltvereinbarung die Rede sein"⁴⁾.

In Schrifttum und Rechtsprechung wird allerdings oft nicht klar, was unter dem Begriff "vereinbarte Arbeit" zu verstehen ist. Lotmar, auf den die Aufstellung dieses Erfordernisses zurückgeht, will damit offenbar ausschließen, daß eine Entgeltvereinbarung auch da fingiert wird, wo jemand einem anderen seine Arbeit aufdrängt, indem er "spontan ein Geschäft für einen anderen besorgt oder sonst ohne Abrede eine Arbeit einem anderen leistet"⁵⁾. Dabei leitet Lotmar dieses Erfordernis der vereinbarten Arbeit aus der Titelstellung der Vorschrift des § 612 her. Er verweist darauf, daß die §§ 653, 689 BGB, welche die dem § 612 BGB entsprechenden Regelungen für den Makler- und Verwahrungsvertrag enthalten, deutlich

-
- 1) RAGE 23, 80 (90 f.). Diese Ausführungen des RAG mißverstehen aber wohl Hohlfeld, StBerJb. 1958/59, 243 und Kaatz, FR 1958, 270, wenn sie annehmen, das RAG wolle auch bei einem "wirksamen Arbeitsverhältnis" das Dienstvertragsrecht nur entsprechend angewendet wissen.
 - 2) Stbg. 1958, 41 ff. (44, 45 (Note 31)).
 - 3) Lotmar, Bd. 1, S. 121 ff.; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Bem. 6 zu § 612; Soergel-Siebert, Bem. 1, 2, 3 zu § 612; Schlegelberger-Schroeder, Bem. 12, 24 zu § 59 HGB; Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 123; Hueck, Anm. AP Nr. 13 u. 20 zu § 612; BAG AP Nr. 13 u. 15 zu § 612; vgl. schon RAG ARS 36, 277 f.
 - 4) Lotmar, aaO, S. 121.
 - 5) Lotmar, aaO, S. 121 f. Entsprechend verlangt auch Nikisch (2. Aufl.) 1. Bd., S. 92, und besonders deutlich (1. Aufl.) S. 82, eine einverständliche Eingliederung in den Betrieb.

zum Ausdruck bringen, daß ein Zutun des "Arbeitgebers" erforderlich ist, wenn in ihnen die Rede ist von der "dem Mäkler übertragene(n) Leistung" bzw. der Aufbewahrung, bei der es sich um eine vom Hinterleger übergebene Sache handelt. Arbeiten aber, die auf Grund gesetzlicher Verpflichtung oder ehelicher Verbundenheit geleistet werden, werden nicht spontan erbracht. Es spricht dafür, daß Lotmar diese Art von Dienstleistungen deshalb nicht mangels der Voraussetzung "vereinbarte Arbeit" aus dem Bereich des § 612 BGB ausscheidet, wenn er ausführt, auch vereinbarte Arbeit könne "als unentgeltliche erwartet werden", und zwar u. a. "wegen der rechtlichen Beziehungen der Beteiligten, indem der eine als Ehegatte oder Kind des anderen gesetzlich verpflichtet ist, dem anderen auch ohne Entgelt Arbeit zu leisten" ¹⁾. Demgegenüber wird andererseits in der Literatur eindeutig betont, § 612 I BGB könne nur Anwendung finden, wenn zwischen den Parteien ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis bestehe, nicht aber, wenn Dienste auf Grund familienrechtlicher Verpflichtungen erbracht werden ²⁾. Aus der Rechtsprechung läßt sich nicht klar erkennen, ob bei familienrechtlichen Dienstleistungen von vornherein die Anwendung und Prüfung von § 612 I BGB entfällt oder ob in der familienrechtlichen Grundlage der Dienstleistung lediglich ein negativer "Umstand" i. S. von § 612 I BGB zu finden ist, der es ausschließt, daß die Dienstleistung nur gegen Vergütung zu erwarten war ³⁾. In seiner Entscheidung vom 23. 4. 1959 ⁴⁾ erwähnt das Bundesarbeitsgericht § 612 I BGB überhaupt nicht, nachdem es festgestellt hatte, die Dienstleistungen seien auf Grund eines eheähnlichen Verhältnisses, nicht eines Arbeitsverhältnisses erbracht worden, was darauf schließen läßt, das Gericht halte eine Prüfung des § 612 I BGB nur bei Vorliegen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses für möglich ⁵⁾. Eine

- 1) Lotmar, aaO, S. 125. Ebenso Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Bem. 7 zu § 612. Damit nicht recht in Einklang steht allerdings Staudinger-Nipperdey-Neumann, Bem. 6 zu § 611, wonach die §§ 611 ff., also auch § 612, grundsätzlich bei Arbeit auf Grund familienrechtlicher Verpflichtung unanwendbar seien.
- 2) A. Hueck, Anm. zu AP Nr. 13 zu § 612, der familienrechtliche Dienstleistung und Dienstleistung im Arbeitsverhältnis unterscheidet und fortführt: "Bestand zwischen den Parteien ein echtes Arbeitsverhältnis, so ist § 612 I grundsätzlich anwendbar". Ebenso Titze, aaO, S. 571; Schlegelberger-Schröder, Bem. 13, 24 zu § 59 HGB; Scergel-Siebert, Bem. 1 zu § 612: "Hauptanwendungsgebiet für Abs. 1 sind insbesondere die Arbeitsleistungen zwischen Eheleuten, ..., sofern sie nicht auf Grund des § 1356 Abs. 2 erbracht werden und daher kein Dienst- oder Arbeitsverhältnis vorliegt".
- 3) Im letztgenannten Sinne offenbar Lotmar, aaO, S. 125.
- 4) BAGE 7, 353 = AP Nr. 1 zu § 518 BGB.
- 5) Vgl. auch BAG AP Nr. 15 zu § 612 und RAG ARS 36, 277, wo erst nach Feststellung eines Arbeitsverhältnisses § 612 I BGB geprüft wird. Eindeutig auch BGH FamRZ 1965, 317 ff.

etwas andere Einordnung von § 612 I BGB erfolgte dagegen im Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 15. 3. 1960 ¹⁾. Dort stellte das Gericht innerhalb der Prüfung des § 612 I BGB fest, für die Klägerin (eine Verlobte) habe sich weder aus dem Gesetz noch nach herkömmlichen Gepflogenheiten die rechtliche oder moralische Verpflichtung ergeben, ihre Arbeitskraft dem Verlobten oder dessen Angehörigen zur Verfügung zu stellen, sie habe u. a. deshalb einen Anspruch aus § 612 I BGB.

Daß der Literatur und Rechtsprechung eine ganz eindeutige Antwort auf unsere Fragestellung nicht zu entnehmen ist, liegt wohl daran, daß es im Ergebnis keinen Unterschied macht, ob die familienrechtliche Grundlage der Dienstleistung vor möglicher Anwendung des § 612 I BGB überhaupt oder erst im Rahmen der Prüfung des § 612 I BGB behandelt wird, wenn man nur, wie dies unausgesprochen geschieht, solche Dienstleistungen auf Grund § 1356 II BGB als von vornherein unentgeltlich ansieht.

Es kann aber nun nicht verkannt werden, daß § 612 I BGB systematisch seinen Platz innerhalb der Vorschriften über den Dienstvertrag gefunden hat. Die Bestimmung ist zwar Ausdruck des "althergekommenen Satzes, daß jede Arbeit ihres Lohnes wert ist" ²⁾, aber nicht die positivrechtliche Formulierung dieses Satzes selbst. § 612 I BGB gilt demnach nicht allgemein für jede wie immer geartete Dienstleistung, sondern für im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses erbrachte Dienstleistungen. Das geht auch schon daraus hervor, daß der Gesetzgeber es für nötig hielt, für besondere Arten von Diensten, z. B. Werkvertragsleistungen (§ 632 BGB), Mäklerdienste (§ 653 BGB) und Verwahrerdienste (§ 689 BGB), jeweils zwar mit § 612 I BGB übereinstimmende, aber eigene Vorschriften zu geben. Man wird also zu dem Schluß kommen müssen, daß § 612 I BGB unmittelbar nur dann anwendbar ist, wenn Dienste geleistet werden, denen eine dienst- oder arbeitsvertragliche Vereinbarung zugrundeliegt ³⁾ ⁴⁾:

- 1) AP Nr. 13 zu § 612.
- 2) Vgl. BAG AP Nr. 13 zu § 612.
- 3) Dementsprechend wendet auch der BGH (FamRZ 1965, 317 ff.) bei fehlgegangener Vergütungserwartung § 612 I BGB nur an, wenn auf Grund eines Dienstverhältnisses Arbeit geleistet wurde; andernfalls komme nur ein Bereicherungsanspruch in Betracht. Siehe näher oben S. 41.
- 4) Weiter ist der Anwendungsbereich von Art. 320 Abs. 2 schweiz. OR. Nach dieser Vorschrift gilt ein Dienstvertrag "auch dann als vereinbart, wenn Dienste auf Zeit entgegengenommen werden, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist". Freilich versagt die schweiz. Praxis in der Regel der mitarbeitenden Frau die Berufung auf Art. 320, weil Mitarbeit ihrer ehelichen Beistandspflicht entspreche (vgl. mit Nachweisen: Guhl, aaO, 329; Müller-Freienfels, Eranion Maridakis II. Bd., S. 367 (Fn. 45); ders., Nipperdey-Festschrift (1965), Bd. I., S. 653 (Fn. 109)).

Es bleibt aber zu fragen, ob nicht gerade deshalb, weil der Gesetzgeber dem Satz, daß jede Arbeit ihres Lohnes wert sei, an mehreren Stellen Ausdruck gegeben hat, dieser Rechtsgrundsatz in der Form, wie er in § 612 I BGB Ausdruck gefunden hat, einer analogen Anwendung auch auf familienrechtliche Dienstverhältnisse fähig ist. Auf Grund familienrechtlicher Verpflichtung oder Verbundenheit geleistete Dienste unterscheiden sich in mancher Hinsicht nicht von auf Grund Dienstvertrags geleisteten. Auch die Mitarbeit im Rahmen des § 1356 II BGB ist in aller Regel in Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers zu erbringen¹⁾. Zwar findet die familienrechtliche Mitarbeit ihren Rechtsgrund nicht in einer schuldrechtlichen Vereinbarung der Partner²⁾. Nichtsdestoweniger liegt auch ihr ein tatsächliches Einverständnis insofern zu Grunde, als sie nicht erfolgt ohne den Willen des Berechtigten. Damit, daß man auch bei familienrechtlichen Dienstleistungen analog zu § 612 I BGB fragt, ob es sich dabei im Einzelfall um Dienste handelt, deren Erbringung "den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist" (§ 612 I BGB), ist die Frage der Entgeltlichkeit familienrechtlicher Dienste als solche noch keineswegs beantwortet³⁾. Der Vorteil einer analogen Anwendung der Rechtsgrundsätze des § 612 I BGB liegt in Folgendem: Gegenüber einer mehr oder weniger fiktiven auf den "Willen" der Eheleute abstellenden Betrachtungsweise ist sicherer Boden gewonnen insofern, als die Frage, ob die "Umstände" i. S. von § 612 I BGB eine Vergütung erheischen, nach der objektiven Sachlage zu beurteilen ist, unabhängig davon, ob die Beteiligten, insbesondere der Dienstberechtigte, sich dessen bewußt waren, daß die Dienstleistung nur gegen Vergütung zu erwarten war⁴⁾.

-
- 1) Vgl. dazu oben S. 12 ff. und unten S. 74 f.
 - 2) Schönle, ZHR 121 (1958), 163 f. nimmt an, die Mitarbeitspflicht sei eine "durch den Ehekonsens implicite übernommene Verpflichtung" (S. 164).
 - 3) Das Ergebnis, nämlich die Berücksichtigung der Tatsache, daß auf Grund familienrechtlicher Verpflichtung Dienste geleistet werden, erst im Rahmen des § 612 I BGB, stimmt mit den Ausführungen von Lotmar, aaO, S. 125, und Staudinger-Nipperdey-Mohnen Bem. 7 zu § 612 überein (vgl. dazu oben S. 54).
 - 4) Allgem. Meinung, vgl. BAG AP Nr. 13 zu § 612 BGB mit Anm. Hueck; Soergel-Siebert, Bem. 3 zu § 612; Staudinger-Nipperdey-Mohnen Bem. 4 zu § 612 mit weiteren Nachweisen.

cc) Der Entgeltanspruch im einzelnen

Können nun aber dann, wenn auf Grund familienrechtlicher Verpflichtung Dienste geleistet werden, überhaupt Umstände vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, die Dienstleistung sei nur gegen Vergütung zu erwarten gewesen? ¹⁾ Daß eine gesetzliche Verpflichtung zur Dienstleistung besteht, besagt als solche ebensowenig über die Vergütungsfrage, wie das ohne weiteres der Fall ist, wenn vertraglich die Verpflichtung zur Leistung von Diensten eingegangen ist. Entscheidend ist, ob heute, nachdem sich insbesondere auch durch die vom Verfassungsgeber anerkannte und von seiner Wertentscheidung geprägte gleichberechtigte Stellung der Frau das Ehebild stark verändert hat, noch angenommen werden kann, eheliche Beistandspflicht gebiete zwar Mitarbeit, ein Anteil an dem Wert der Dienstleistung aber sei dem Mitarbeitenden nicht zu gewähren. Zuzugeben ist, daß auch der Gesetzgeber des Gleichberechtigungsgesetzes ²⁾ sich der bis dahin fast unangefochtenen Meinung ³⁾ über die Unentgeltlichkeit der Mitarbeit anschloß, weshalb auch in das Familienrecht keine Bestimmung über die Abgeltung der Mitarbeit aufgenommen wurde. Dabei blieb außer acht, daß durch den Gleichberechtigungsgrundsatz das allgemeine Bild der ehelichen Verbundenheit sich grundlegend geändert hat. Vor dem Inkrafttreten dieser Verfassungsbestimmung waren der von der Mitarbeitspflicht seinerzeit allein betroffenen Ehefrau in vermögensrechtlicher Hinsicht überhaupt, wie z.B. der gesetzliche Güterstand und die subsidiäre Unterhaltspflicht der Frau nur zu deutlich zeigten, Selbständigkeit und Gleichrangigkeit gar nicht eingeräumt worden. Bei dieser Sachlage konnte man allerdings davon ausgehen, die Mitarbeit werde unentgeltlich erbracht. Unter den heutigen Lebensverhältnissen ist mit der während der Ehe bestehenden Gütertrennung und der im Prinzip gleichrangigen Unterhaltspflicht die Stellung der Ehegatten zueinander eine unabhängigere geworden. Man weiß wohl besser als früher die Bereiche, die durch die Ehe ihre ganz eigene Ausprägung erfahren, von denen zu unterscheiden, wo Grundsätze, die auch zwischen fremden Partnern gelten, ihren Platz finden können ⁴⁾. Dem Grundsatz, daß Arbeit ihren Lohn finden soll, daß Bereicherung

- 1) Trotz der Möglichkeit, die Art. 320 Abs. 2 schweiz.OR eröffnet, bei Entgegennahme von Dienstleistungen (jeder Art) auf Zeit, deren Leistung den Umständen nach nur gegen Lohn zu erwarten ist, den Abschluß eines Dienstvertrages zu fingieren, verneint die schweizerische Praxis in der Regel das Vorliegen solcher "Umstände" bei Mitarbeit der Frau (vgl. oben S. 55 Fn. 4).
- 2) Deutscher Bundestag, 2. WP, zu Drucks. 3409, S. 36.
- 3) Vgl. oben S. 18 Note 1.
- 4) Vgl. Monjau, Betrieb 1957, 821 - allerdings im Hinblick auf Ehegattenarbeitsverträge -: "Eheleute sind heute ganz anders als früher in der Lage, Arbeit und Familie auseinanderzuhalten".

des einen auf Kosten des anderen auch unter Eheleuten keinen Platz haben kann, ist die eheliche Mitarbeit nicht mehr verschlossen. Die Mitarbeitspflicht behält auch dann ihren guten Sinn, wenn sie nicht mehr grundsätzlich als unentgeltlich gilt. In jedem Einzelfall ist zu prüfen, ob nach den Umständen eine Vergütung der Dienstleistung zu erwarten war. Das wird ganz sicher nicht der Fall sein bei kleinen, unbedeutenden Handreichungen und Hilfestellungen. Eine Vergütung ist auch dann nicht geschuldet, wenn der leistende Ehegatte zu erkennen gegeben hat, daß er mit einem Entgelt nicht rechnet. Insbesondere aber können die Ehegatten vereinbaren, die Mitarbeit solle ihre Vergütung in der Teilhabe an einem erhöhten Lebensstandard oder in einer Erbeinsetzung erfahren. Dann kommt eine analoge Anwendung von § 612 BGB kraft dieser Abrede nicht in Betracht. Bei Fehlgehen einer solchen Vereinbarung können aber Bereicherungsansprüche gegeben sein ¹⁾. Dagegen entspricht es moderner Anschauung, daß Mitarbeit, die geleistet wird, weil der Partner abwesend oder krank ist, weil keine fremden Arbeitskräfte zu finden sind oder diese aus anderen Gründen (Vertrauensstellung) nicht eingestellt werden sollen, nicht ohne Vergütung erwartet werden kann. Somit wird die Mitarbeit in Gastwirtschaften, Bäckereien, in der Arzt- oder Anwaltspraxis in der Regel zu vergüten sein. Leidet dagegen ein Betrieb finanziell Not, so wird darin selbst bei bedeutenden Hilfeleistungen ein Umstand i. S. von § 612 I BGB zu erblicken sein, der eine Vergütung ausschließt. Man könnte allerdings in solchen Fällen auch daran denken, daß ein Anspruch an sich gegeben ist, solange aber als einredebehaftet gilt, bis sich die finanzielle Lage gebessert hat ²⁾. Schon um einer möglichst unkomplizierten Abwicklung willen sollte man aber daran festhalten, daß in Notzeiten eine Dienstleistung nur gegen Vergütung den Umständen nach eben nicht zu erwarten ist.

Was nun die Art und Höhe der u. U. im Einzelfall geschuldeten Vergütung angeht, so kann der auf im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses erbrachte Leistungen zugeschnittene Absatz 2 des § 612 BGB keine uneingeschränkte analoge Anwendung auf familienrechtliche Dienste finden. Auch bei der Frage der Art und Höhe der Vergütung muß Raum bleiben, die eheliche Verbundenheit der Partner zu berücksichtigen, auch wenn § 612 Abs. 2 BGB seinem Wortlaut nach diese Möglichkeit nicht eröffnet. Gerade bei der Bemessung der Vergütung ist dieser Besonderheit der Arbeit unter Ehegatten Rechnung zu tragen. Dementsprechend ist der Leistungsfähigkeit des durch die Mitarbeit begünstigten Ehegatten

1) Vgl. dazu S. 39 ff.

2) Zu denken wäre etwa an eine Stundung oder eine Einrede aus § 1353 I BGB, da auch schuldrechtliche Ansprüche unter Ehegatten unter dem Gebot der ehelichen Rücksichtnahme stehen.

entscheidendes Gewicht beizumessen. Ebenso wie es einen die Vergütungspflicht ausschließenden Umstand darstellt, daß das Geschäft des begünstigten Ehegatten finanziell nicht in der Lage ist, überhaupt ein Entgelt zu tragen, ist auch die Höhe der zu zahlenden Vergütung von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens abhängig ¹⁾. Richtschnur wird zwar die üblicherweise an einen in gleicher Position beschäftigten fremden Arbeitnehmer zu zahlende Vergütung sein ²⁾; je nach Leistungsfähigkeit des Betriebes können sich aber Abstriche nach unten ergeben. Dagegen besteht keine Verpflichtung, es sei denn, es beständen entsprechende Abmachungen zwischen den Eheleuten, den mitarbeitenden Ehegatten an dem Ertrag des Unternehmens nach Art eines Gesellschafters zu beteiligen ³⁾. Der aus der analogen Anwendung von § 612 BGB zu gewährende Anspruch soll sicherstellen, daß auch Ehegattenarbeit ihrem objektiven Wert entsprechend wie andere Arbeit vergütet wird, der mitarbeitende Ehegatte soll grundsätzlich nicht schlechter gestellt werden als dies der Fall wäre, wenn er eine Arbeit auf dem Markt erbringen würde. Dabei ist im Rahmen des § 612 BGB mit seinem Bezug auf die "Umstände" zwar Raum, Rücksicht darauf zu nehmen, daß Eheleute sich tätigen Beistand schulden, auch wenn der eine von ihnen den "Marktpreis" dafür nicht zahlen könnte. Die analoge Anwendung dieser Bestimmung kann aber nicht dazu führen, daß neben dem Güterrecht völlig andere vermögensrechtliche Verhältnisse zwischen den Ehegatten entstehen, wie das der Fall wäre, wollte man einem Ehegatten, ohne Rücksicht auf den Marktwert seiner Dienste und ohne jeden Anhaltspunkt für eine solche Lösung in § 612 BGB, einen Beteiligungsanspruch, je nach der Ertragslage des Geschäftes des anderen Ehegatten, geben. Die Einführung der Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft auf Schleichwegen ist über § 612 BGB nicht zu erzielen. Die güterrechtlichen Verhältnisse sind bei analoger Anwendung des § 612 BGB, die zu einem schuldrechtlichen Anspruch führt, nicht zu berücksichtigen. Der Grundsatz, daß Arbeit ihren Lohn finden soll, gilt unabhängig von dem Güterstand, während ein als Ausdruck der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft konstruierter Ausgleichsanspruch schwerlich den Bedacht auf die im Güterrecht geltenden ehelichen Pflichten vermissen lassen kann ⁴⁾.

-
- 1) So auch Lehmann, Stbg. 1958, 44 und im Ergebnis wie BGH FamRZ 1966, 494.
 - 2) Vgl. auch Lehmann, Stbg. 1958, 44.
 - 3) So wohl grundsätzlich auch Lehmann, Stbg. 1958, 44.
 - 4) Vgl. dazu oben S. 23 ff.

dd) Entgelt und "Unterhaltsarbeit" ¹⁾

Haben die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten somit keinen Einfluß auf die etwaige Gewährung eines Vergütungsanspruches, so bleibt zu fragen, ob und in welchem Maße ein aus dem Rechtsgrundsatz des § 612 BGB abzuleitender Entgeltanspruch durch die Unterhaltspflichten der Ehegatten berührt wird. Hier sind zunächst zwei Lösungen denkbar. Man kann das Vorliegen einer Unterhaltspflicht bei der Prüfung des § 612 I BGB unberücksichtigt lassen und lediglich eine Verrechnung zwischen Entgeltanspruch und Unterhaltsansprüchen vornehmen ²⁾. Die andere Lösung ist die Versagung eines Entgeltanspruches überhaupt, soweit Unterhaltspflichten bestehen. Der letztere Weg muß beschritten werden, wenn Mitarbeit unmittelbar Erfüllung der Unterhaltspflicht i. S. von §§ 1360 ff. BGB sein kann. Nach § 1360 BGB sind die Ehegatten verpflichtet, "durch ihre Arbeit ... die Familie angemessen zu unterhalten", und gemäß § 1360 a BGB ist "der Unterhalt in der Weise zu leisten, die durch die eheliche Lebensgemeinschaft geboten ist". Allgemein wird angenommen, Mitarbeit im Geschäft oder Beruf des anderen Ehegatten könne in Erfüllung der dem Arbeitenden gegenüber dem Ehegatten und den Kindern obliegenden Unterhaltspflicht erfolgen ³⁾. Gegen diese Annahme, Arbeit könne unmittelbar Erfüllung der Unterhaltspflicht sein, sind allerdings Bedenken nicht zu unterdrücken ⁴⁾. Anders als bei der Haushaltstätigkeit, die dem Unterhaltsberechtigten direkt zugute kommt ⁵⁾, schließt die

1) So Motsch, FamRZ 1966, 224.

2) So Lehmann, Stbg. 1958, 44. Dieser Weg ist zu beschreiten, wenn die Arbeit in einem Arbeitsverhältnis unter Ehegatten geleistet wird, vgl. unten S. 75 f., 94.

3) RG JW 1931, 3310; (offengelassen noch von RAG ARS 9, 510, vgl. aber:) RAGE 14, 107 ff.; RAG ARS 42, 57 (betr. Arbeit des Sohnes in Erfüllung der ihm gegenüber seinem Vater obliegenden Unterhaltspflicht); Franke, RARBBl. II 1933, 277; insbesondere: BGH FamRZ 1963, 281 f.; BGH VersR 1963, 733 f.; Brühl, Unterhaltsrecht (2. Aufl.) S. 188; Staudinger-Hübner, Bem. 31 zu § 1356 BGB, Bem. 26 zu § 1360 BGB; Larenz, Anm. AP 53, 462; Boehmer FamRZ 1960, 175; vgl. auch Siebert, StberJb. 1958/9, 216 f., und Motsch, FamRZ 1966, 224 f.

4) Gegen die Auffassung, in der Mitarbeit einen Teil der Unterhaltsgewährung zu sehen, auch Eißer, FamRZ 1961, 50.

5) Man denke an Essenszubereitung, körperliche Betreuung, Instandhaltung der Wohnung, Herbeischaffung der Lebensmittel u. ä. (vgl. auch schon Walner-v. Deuten, MDR 1953, 261). Daß mit solchen Arbeiten unmittelbar Unterhaltsleistungen erbracht werden können, verneint Otten, FamRZ 1957, 76 für die Zeit vor Erlaß des GlberG; vgl. dazu aber auch Krüger, DRiZ 1953, 83.

Annahme, durch Arbeit werde die Unterhaltspflicht erfüllt, einen Gedankensprung ein, welcher freilich schon in der Gesetzesformulierung (§ 1360 BGB) angelegt ist ¹⁾. In Wahrheit wird nicht durch die Arbeit der Unterhalt geleistet, vielmehr werden erst durch den Ertrag der Arbeit (Geld, Naturalien) die Unterhaltsansprüche befriedigt ²⁾. Der Ertrag der (unentgeltlichen) Arbeit im Geschäft oder Beruf des anderen Ehegatten kommt rechtlich dem anderen Ehegatten, dem Geschäftsinhaber allein zu, der daraus erst tatsächlich den Unterhalt in Form von Naturalien oder Geldmitteln zur Verfügung stellt. So gesehen bestehen keine Bedenken, Unterhaltspflichten bei der Beurteilung, ob nach dem Rechtsgrundsatz des § 612 I BGB ein Entgelt bei Mitarbeit geschuldet ist, zunächst außer Betracht zu lassen und lediglich durch Verrechnung zu berücksichtigen, wie das das Reichsarbeitsgericht ³⁾ bei der Abgeltung von dienstvertraglicher Arbeit angenommen hatte ⁴⁾. Folgt man aber der verbreiteten Ansicht, Arbeit im Geschäft des anderen Ehegatten könne unmittelbar in Erfüllung von Unterhaltspflichten erfolgen ⁵⁾, so ist alsdann für eine Prüfung des § 612 I BGB überhaupt kein Raum: "Für Unterhaltsarbeit ist schon begrifflich ein Entgelt ausgeschlossen" ⁶⁾. In vielen Fällen, wenn nicht gar in der Regel, wird nur ein Teil der tatsächlich geleisteten Mitarbeit als Unterhaltsarbeit anzusehen sein. Bei Bemessung der Unterhaltspflicht

-
- 1) Daß sich Haushaltstätigkeit und Mitarbeit im Beruf oder Geschäft insoweit unterscheiden, wird nicht ganz klar bei Boehmer, FamRZ 1960, 174 f., 177.
 - 2) Dies sieht auch der BGH FamRZ 1963, 281 f., ohne allerdings daraus Folgerungen abzuleiten.
 - 3) RAG ARS 47, 38 ff.
 - 4) Siehe unten S. 94. Vgl. insbes. Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey I (1965) S. 644.
 - 5) Einer Erörterung der Frage, in welchem Verhältnis Mitarbeitspflicht aus § 1356 II BGB und Arbeitspflicht aus §§ 1360, 1360a BGB stehen, bedarf es hier nicht. Angemerkt sei nur, daß die beiden Pflichtenkreise sich nicht zu decken brauchen (vgl. Siebert, StbR 1958/9, 217; Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey I (1965) S. 645); die Mitarbeitspflicht nach § 1356 II BGB kann bestehen, ohne daß eine Unterhaltsverpflichtung vorliegt (Maßfeller, DNotZ 1957, 346); eine Pflicht, durch Arbeit gerade im Betrieb des anderen Ehegatten zum Unterhalt beizutragen, kann gegeben sein, ohne daß eine Verpflichtung gem. § 1356 II BGB vorliegt (so mit Recht BGH FamRZ 1963, 281; vgl. auch Staudinger-Hübner, Bem. 31 zu § 1356). Dagegen meint Schönle, ZHR 121 (1958), 163 ff. Mitarbeit gem. § 1356 II sei nur geschuldet unter den Voraussetzungen, die § 1360 für eine Erwerbstätigkeit der Frau aufstellt (vgl. auch aaO, S. 168).
 - 6) Motsch, FamRZ 1966, 225.

hat nämlich die Höhe der beiderseitigen Einkünfte und auch die neben der Mitarbeit getätigte Haushaltsführung Berücksichtigung zu finden ¹⁾. Dies wird dazu führen, daß vor allem bei der mitarbeitenden Frau nur ein Teil ihrer Tätigkeit im Geschäft des Mannes als Unterhaltsarbeit einzuordnen sein wird, während der übrige in analoger Anwendung von § 612 BGB zu vergüten ist. Praktisch läuft diese Behandlung dann doch auf eine Verrechnung Entgelt - Unterhalt hinaus. Wird im Geschäft des anderen Ehegatten mitgearbeitet, so findet insbesondere die Vermutung des § 1360 b BGB keine Anwendung ²⁾, weil anzunehmen ist, daß diese Mitarbeit in der Regel auf § 1356 II BGB beruht und nur daneben auch, soweit die Unterhaltspflichten reichen, diese erfüllt werden sollen.

Abteilung familienrechtlicher Mitarbeit, die hier in analoger Anwendung von § 612 BGB begründet worden ist, kann während der Ehe als auch nach Auflösung der Ehe geltend gemacht werden ³⁾. Da es sich um einen schuldrechtlichen Anspruch handelt, mit dem eine angemessene Vergütung für erbrachte Arbeitsleistungen verlangt wird, unterliegt er der kurzen Verjährung des § 196 I Nr. 8 BGB ⁴⁾. Allerdings ist die Verjährung gem. § 204 BGB so lange gehemmt, als die Ehe besteht ⁵⁾.

1) Vgl. Staudinger-Hübner, Bem. 31 zu § 1360 BGB.

2) So mit Recht Staudinger-Hübner, Bem. 6 zu § 1360 b BGB mit weiteren Nachweisen gegen Erman-Bartholomeyczik, Bem. 2 zu § 1360 b BGB.

3) So grundsätzlich auch Lehmann, Stbg. 1958, 44.

4) Vgl. dazu vor allem BGH FamRZ 1965, 319.

5) Das übersieht offenbar Maier, JurJb. 1963/4, S. 105.

C. ZWEITER HAUPTTEIL: ARBEITSVERHÄLTNISSE UNTER EHEGATTEN

I. DIE VEREINBARKEIT VON LOHNARBEITSVERHÄLTNIS UND EHE

1. DIE ERSTE BEHANDLUNG DER VEREINBARKEITSFRAGE IN DER SOZIALVERSICHERUNG

Die Frage, ob die eheliche Verbundenheit mit den Besonderheiten eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses vereinbar ist, stellte sich schon recht früh im Bereich der Sozialversicherung. Angesichts der Vorteile, insbesondere der Unfall-, Kranken- und Invalidenversicherung, bestand in vielen Fällen für die mitarbeitenden Familienangehörigen ein Interesse, in den Genuß der Leistungen zu gelangen. Es erhob sich daher die Frage, ob Ehegatten als beschäftigte Personen anzusehen waren, da mit Ausnahme des Unfallversicherungsgesetzes für Land- und Forstwirtschaft ¹⁾ keine besonderen Regelungen für Familienangehörige vorgesehen waren ²⁾. Die, soweit ersichtlich, erste amtliche Äußerung zur Frage, ob auch bei ihrem Ehemann tätige Ehefrauen zum Kreis der von den Sozialversicherungsgesetzen betroffenen Personen gehören, ist ein kurzer Bescheid des Reichsversicherungsamtes (RVA) vom 23. 9. 1884 ³⁾. In ihm ist ohne nähere Begründung ausgeführt, daß nach dem Unfallversicherungsgesetz "alle (beschäftigten) Personen, mit Ausnahme der eigenen Ehefrau, ... also auch Kinder und Verwandte des Betriebsunternehmers versicherungspflichtig sind", wobei es auf die Zahlung von Lohn und Gehalt bei der Unfallversicherung nicht ankomme. Ganz im gleichen Sinne sprach sich das RVA in seiner Anleitung betr. die Anmeldung der versicherungspflichtigen Betriebe vom 5. 6. 1885 aus ⁴⁾, in der es heißt, die Ehefrau gelte "niemals als eine von ihrem Ehemann beschäftigte Arbeiterin". Für den umgekehrten Fall, Ehemann als Arbeiter im Betrieb der Ehe-

1) vom 5. 5. 1886, RGBL. S. 132.

2) Das genannte Unfallversicherungsgesetz überließ es der Landesgesetzgebung, zu bestimmen, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen Familienangehörige von der Versicherung ausgeschlossen sein sollten. Näheres vgl. Rosin, Das Recht der Arbeiterversicherung, 1. Bd., S. 168, 170 f., Note 64.

3) AN 1885, 3 unter Nr. 10.

4) AN 1885, 160 f. (Zfr. 6 der Anleitung).

frau, vertrat das RVA die gleiche Ansicht ¹⁾. Zur Begründung führte das RVA in der letztgenannten Entscheidung ²⁾ aus, es entspreche den "hinsichtlich des ehelichen Verhältnisses obwaltenden grundsätzlichen Anschauungen im allgemeinen nicht, die Beziehung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer als zwischen Ehegatten rechtlich möglich anzuerkennen. Die sittliche Auffassung der Ehe als des Verhältnisses zweier zu ungeteilter Lebensgemeinschaft berufener Personen (vertrage) sich nicht mit den das bezeichnete soziale Verhältnis beherrschenden Begriffen, welche in das Verhältnis der allgemeinen Gleichberechtigung der Ehegatten den damit nicht vereinbaren Gegensatz wirtschaftlicher Abhängigkeit des einen von dem anderen hineinragen würden". Auch bei "völliger Ähnlichkeit des äußeren Verhältnisses" mit dem anderen in demselben Betrieb beschäftigter Personen könne ein Ehegatte nicht Arbeitnehmer seines Partners sein. Das RVA hielt an seinem Grundsatz der Unvereinbarkeit von Ehe und Arbeitsverhältnis auch in der Folge fest ³⁾.

Eine andere Auffassung über die Zulässigkeit von Arbeitsverhältnissen zwischen Ehegatten als das Reichsversicherungsamt vertrat das preußische Oberverwaltungsgericht, das seinerzeit, insbesondere in Krankenversicherungsangelegenheiten, gewisse Zuständigkeiten im Bereich der Sozialversicherung hatte ⁴⁾. Zunächst hatte es sich in einer landwirtschaftlichen Unfallsache der Praxis des RVA, ohne eine eigene Begründung zu geben, angeschlossen ⁵⁾. In einer Krankenversicherungsangelegenheit verließ der Gerichtshof jedoch den Standpunkt des RVA ⁶⁾. Im Anschluß an Hahn ⁷⁾, der sich um den Nachweis bemüht hatte, daß nach den familienrechtlichen Bestimmungen des BGB "der Annahme eines Lohn-Arbeitsverhältnisses zwischen Ehegatten nichts entgegen" stehe ⁸⁾, und Rosin ⁹⁾, welcher

- 1) Entscheidungen vom 5. 4. 1887, AN 1887, 142 unter Nr. 341, und vom 18. 6. 1888, AN 1888, 314 f.
- 2) AN 1888, 314.
- 3) Vgl. Anleitung AN 1888, 18 (Zfr. 8); Entscheidungen AN J. u. A. V. 1894, 152; 1895, 108; 1897, 287; Entscheidung DJZ 1899, 22; Anleitung AN 1900, 187 (Zfr. 18b); Beschluß AN 1901. 632 f. unter Nr. 935.
- 4) Über die - z. T. dem Landesrecht überlassenen - recht vielgestaltigen Verfahrensregelungen vor Inkrafttreten der RVO, vgl. Rosin, aaO, §§ 93 ff., insbes. S. 773 ff (777) und den kurzen Überblick bei Wannagat, aaO, S. 69 f.
- 5) Vgl. ProVGE 19, 355.
- 6) Vgl. ProVGE 42, 297 = Arb. Vers. 1902, 751.
- 7) VerwArch. 9, 139 = Arb. Vers. 1901, 86.
- 8) VerwArch. 9, 142.
- 9) Recht der Arbeiterversicherung, Bd. 1, S. 169 ff.

vor allem auf die sozialpolitische Verfehltheit der gegenteiligen Auffassung aufmerksam gemacht hatte, befand das PrOVG, daß "nach der im BGB zur Geltung gelangten Rechtsauffassung ein Arbeitsverhältnis zwischen Eheleuten nicht als rechtlich unzulässig zu erachten sei" ¹⁾. Das PrOVG betonte aber, daß es im einzelnen Falle stets einer eingehenden Prüfung bedürfe, ob tatsächlich ein Beschäftigungsverhältnis vorliege.

Seine Rechtsansicht verfolgte das PrOVG auch auf dem Gebiete der landwirtschaftlichen Unfallversicherung ²⁾ und hielt an ihr gegenüber der weiterhin ablehnenden Haltung des Reichsversicherungsamtes auch später fest ³⁾. In einer dieser späteren Entscheidungen bemerkte das Gericht, "sich mit der Problematik des § 1356 II BGB a.F. befassend, daß es zwar für die Frage, ob die Ehefrau Arbeiterin im Unternehmen des Ehemannes sei, nicht darauf ankomme, ob sich ihre Arbeiten in den Grenzen des Üblichen hielten oder nicht, daß aber die Ehefrau nicht versicherungspflichtige Arbeitnehmerin sei, wenn "sie nur der für sie in ihrer Eigenschaft als Ehefrau gesetzlich begründeten Arbeitspflicht (nachkomme)" ⁴⁾.

Das RVA änderte dagegen seine Rechtsansicht, das eheliche Verhältnis schließe ein Arbeitsverhältnis aus, in der Folge nicht mehr ⁵⁾. Die Arbeitsverhältnisse ablehnende Stellungnahme begründete es zusätzlich mit der Erwägung, Arbeitsverhältnisse würden "fast durchweg" nicht geschaffen "aus der inneren Notwendigkeit des zwischen den Gatten bestehenden Verhältnisses heraus, sondern in dem Bestreben, den Geschäftskredit zu steigern oder die einem Gewerbebetrieb dienenden Vermögensstücke den Ansprüchen von Gläubigern des anderen Ehegatten zu entziehen" ⁶⁾. Allenfalls könne die Frau als Mitunternehmerin des Mannes gelten,

- 1) Die gleiche Ansicht vertrat, unter Berufung auf Rosin, Hahn und diese Entscheidung des PrOVG, auch das SächsOVG in einem Urteil vom 9. 3. 1903 (Jahrbuch des SächsOVG 4, 45).
- 2) PrOVG, ArbVers. 1904, 247.
- 3) PrOVG, PrVerwBl. 27, 162.
- 4) PrVerwBl. 27, 162.
- 5) Vgl. Entscheidung Arb. Vers. 1903, 814 = AN 1903, 571; Anleitung AN 1905, 613 (629); Entscheidung AN 1905, 406 (Nr. 2095). Im Gegensatz zu Rosin (Recht der Arbeiterversicherung, 1. Bd., 168 ff.), Hahn (VerwArch. 9, 139 ff.) und auch Fuld (Arb. Vers. 1903, 52 ff.) stimmten Weymann (Arb. Vers. 1903, 217 ff.) und Hoffmann (Recht 1910, 649 ff.) der ablehnenden Haltung des RVA zu. Weymann gestand allerdings zu, "in gewissen Grenzen sei auf dem Gebiete des Handels- und auch des bürgerlichen Rechts ein eigentlicher Dienstvertrag zwischen Eheleuten unbeschadet des Wesens und sittlichen Charakters der Ehe möglich" (Arb. Vers. 1903, 217 (218)).
- 6) RVA, ArbVers. 1903, 814 (815).

"gleichviel, ob sie privat- oder gewerberechtlich diese Stellung (einnehme)", und auf diesem Wege in den Genuß der Versicherung gelangen¹⁾.

Für das Gebiet der Sozialversicherung wurde die Streitfrage durch die an die Stelle der einzelnen Sozialversicherungsgesetze getretene Reichsversicherungsordnung (RVO) vom 19. 7. 1911 im Sinne der Auffassung des RVA entschieden: Nach § 159 RVO begründete die Beschäftigung eines Ehegatten durch den anderen keine Versicherungspflicht. In der Anleitung des RVA über den Kreis der nach der Reichsversicherungsordnung gegen Invalidität und gegen Krankheit versicherten Personen vom 26. 4. 1912²⁾ wurde erneut darauf hingewiesen, daß eine Ehefrau auch Mitunternehmerin des Ehemannes sein könne und insoweit zur Selbstversicherung berechtigt sei.

Versicherungsfreiheit des bei seinem Ehegatten Beschäftigten war ausdrücklich angeordnet³⁾ für die Kranken-, Invaliden-, Knappschafts- und Angestelltenversicherung, ebenso für die Arbeitslosenversicherung. Ausnahmen galten in der Unfallversicherung⁴⁾. Dort bestand, nachdem - jedenfalls für das Gebiet der britischen Zone Deutschlands - die für alle Zweige der Versicherung geltende, im ersten Buch der RVO befindliche Vorschrift des § 159 durch die Verordnung vom 17. 3. 1945 (RGBl I S. 41) aufgehoben und diese Regelung in § 175 in das Zweite Buch (Krankenversicherung) übernommen worden war⁵⁾, keine ausdrückliche die Beschäftigungsverhältnisse zwischen Ehegatten von der Versicherung ausnehmende allgemeine gesetzliche Regelung⁶⁾. Auf Vorlage des Bundessozialgerichts⁷⁾ entschied dann das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit des gesetzlichen Ausschlusses der Ehegatten-Arbeitnehmer von der Versicherungspflicht in der Kranken- und Angestelltenversicherung. In einem "Kompromiß"-Beschuß⁸⁾ befand das Gericht, der Ausschluß von der Pflichtversiche-

1) RVA, Arb.Vers. 1903, 814 (815). Vgl. schon AN 1901, 632 (Nr. 935) und Rosin, Recht der Arbeiterversicherung, 1. Bd., S. 171 Note 65.

2) o.O., o.J., Ziffer 23 b.

3) Zur früheren Rechtslage in der Sozialversicherung vgl. z.B. Herold, BlStSozArbR. 1958, 119.

4) Vgl. dazu Wannagat, aaO, 199; Hauffe-Wulfhorst, aaO, S. 50.

5) Zur streitigen Frage der Geltung des § 175 RVO vgl. BVerfGE 18, 263; Hauffe-Wulfhorst, aaO, S. 50 mit Nachweisen.

6) Vgl. Neumann-Duesberg, SGB 1966, 433; Hauffe-Wulfhorst, aaO, S. 50 f.

7) BB 1962, 923.

8) Beschluß vom 26. Nov. 1964: BVerfGE 18, 257 ff. Zur Kritik an dieser Entscheidung vgl. Neumann-Duesberg, SGB 1966, 433 mit weiteren Angaben über Stellungnahmen im Schrifttum zu dem Beschluß.

rung sei mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn und soweit die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung bestehe. In "Ausführung" dieses Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts sind nunmehr ¹⁾ durch das Zweite Rentenversicherungsänderungsgesetz vom 23. Dezember 1966 ²⁾ die die Ehegatten-Arbeitnehmer von der Versicherungspflicht in der Arbeiter-Renten-, Angestellten- und Knappschaftsversicherung ausnehmenden Bestimmungen der §§ 1228 Abs. 1 Nr. 1 RVO, 4 Abs. 1 Nr. 2 AngVG und 30 Abs. 1 Nr. 1 RKnG gestrichen worden. Grundsätzlich besteht nunmehr Versicherungspflicht; allerdings ist für bereits am 31. 12. 1966 bestehende Beschäftigungsverhältnisse eine Sonderregelung vorgesehen. In der Krankenversicherung ist nach dem Bundesverfassungsgericht die dort gegebene Möglichkeit der freiwilligen Versicherung ausreichend. Hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses von Ehegatten-Arbeitnehmern von der Arbeitslosenversicherung ist die Rechtslage noch ungeklärt ³⁾, die Vereinbarkeit des Ausschlusses mit dem Gleichheitssatz bezeichnete das Bundesverfassungsgericht ⁴⁾ aber immerhin als "zweifelhaft".

2. DIE MITARBEITSPFLICHT GEMÄSS § 1356 II BGB UND ARBEITSVERHÄLTNISSE UNTER EHEGATTEN

Das BGB kennt keine Beschränkungen der Vertragsfreiheit der Ehegatten hinsichtlich des Abschlusses schuldrechtlicher Geschäfte. Namentlich Schenkungen und Interzessionen sind zwischen Eheleuten zulässig ⁵⁾. Es wurde vom Gesetzgeber auch ausdrücklich abgelehnt, nach dem Vorbild des pr. ALR Verträge zwischen Ehegatten an eine besondere Form zu binden ⁶⁾.

Da aber der Gesetzgeber zur Arbeit unter Ehegatten nicht schweigt, sondern in § 1356 II BGB eine Mitarbeitspflicht der Ehegatten statuiert, ist die Frage zu stellen, ob ein Arbeitsverhältnis auch insoweit abgeschlossen werden kann, als es

-
- 1) Zur Rechtslage vor diesem Gesetz vgl. Odendahl, SGB 1966 Heft 1, Beilage "Der Sozialrichter", 1966, Folge 1, S. 1 f.
 - 2) BGBl I 745.
 - 3) Auch deshalb kritisieren Wölfe!, NJW 1965, 1471 f. und Neumann-Duesberg, SGB 1966, 439 den Beschluß des BVerfG.
 - 4) NJW 1965, 685. Eine Entscheidung zu der Sonderfrage des § 59 Abs. 1 Nr. 2 AVAVG hinsichtlich Ehegatten ist bisher ebenfalls noch nicht ergangen (vgl. BVerfG NJW 1967, 243).
 - 5) Vgl. hierzu schon die Motive, IV. Bd., S. 116.
 - 6) Motive, IV. Bd., S. 117.

sich um Arbeiten handelt, die an sich gem. § 1356 II BGB zu erbringen wären. Das Problem der Arbeitsverträge über sich im Rahmen des § 1356 II BGB haltende Arbeiten tauchte zunächst als Frage nach dem Rechtscharakter einer vom Mann der Frau gewährten Zahlung für Arbeiten im Rahmen des § 1356 II BGB a.F. auf. Waren solche Zahlungen als Arbeitsentgelt, das im früheren gesetzlichen Güterstand gem. § 1367 BGB a.F. frei verfügbares Vorbehaltsgut der Frau wurde, oder als zum eingebrachten Gut gehörende Schenkung anzusehen?

Die Gesetzesmaterialien lassen eine eindeutige Antwort nicht erkennen. Der Entwurf I des BGB enthielt in § 1289, der im wesentlichen dem § 1367 BGB a.F. entsprach, die Bestimmung, Vorbehaltsgut sei, was die Frau durch Arbeit, sofern diese nicht unter § 1275 II (= § 1356 II BGB a.F.) falle, erwerbe¹⁾. Der "Sofern-Satz" wurde von der Kommission für die zweite Lesung gestrichen. Dazu wurde in den Protokollen²⁾ vermerkt, bezahle der Mann seine Frau für außerordentliche Leistungen im Geschäft, so bestehe kein Grund, einen solchen Erwerb anders zu behandeln als einen beliebigen anderen Arbeitserwerb der Frau. Die Anführung von Zahlungen für außerordentliche Leistungen läßt vermuten, daß die Verfasser hier an Zahlungen für pflichtgemäße Leistungen nicht dachten, während die weitere Bemerkung der Protokolle³⁾, wenn die Frau im Geschäft des Mannes entgeltliche Dienste leiste, so werde die Gegenleistung Vorbehaltsgut, für die Zulässigkeit von Arbeitsverträgen über Pflichtarbeit i. S. von § 1356 II BGB in Anspruch genommen werden kann.

Im Schrifttum wurde vielfach die Ansicht vertreten, eine Zuwendung könne nicht als Arbeitsentgelt angesehen werden, stelle vielmehr eine Schenkung dar⁴⁾. Oertmann begründete seine Auffassung damit, eine Vereinbarung vermöge der "Entlohnung" den Charakter einer Gegenleistung deshalb nicht zu verleihen, weil es an einer erst aus der Abrede entspringenden Leistungspflicht, für die die Zahlung das Entgelt bilden könne, fehle.

Dagegen stand die Meinung Lotmars⁵⁾, der in der gesetzlichen Arbeitspflicht

1) Vgl. Mugdan, Materialien, Bd. IV, S. XVI; Motive, Bd. IV, S. 176.

2) Abgedr. bei Mugdan, Materialien, Bd. IV, S. 752.

3) Vgl. Mugdan, Materialien, IV. Bd., S. 753.

4) Vgl. Opet-Blume, Bem. 5 zu § 1356; Planck-Unzner, Bem. 7 zu § 1356; Staudinger-Engelmann-Keidel, Bem. 7 zu § 1356; Wieruszowski, Hdb. des Eherechts, 2. Bd., S. 237 (Note 2), 246 (Note 30); Hörle, ArchbürgR 31, 127; Oertmann, DJZ 1911, 125; Leers, aaO, S. 57; Warncke, NZfA 1929, 100; Natter, WürttZ 1933, 154; neuerdings noch Lenski, BB 1957, 1236 (1238).

5) Der Arbeitsvertrag, 1. Bd., S. 257.

keinen Hinderungsgrund für die Eingehung eines Arbeitsvertrages sah ¹⁾. Nicht nur das Pandektenrecht, so argumentiert er, sondern auch das moderne Recht liefere Belege für die Gültigkeit der Vereinbarung von Leistungen, zu denen ohnehin eine gesetzliche Verpflichtung bestehe. "Daß es einen gesetzlichen Anspruch auf Berge- und Hilfslohn (gebe), (schließe) nicht aus, daß ein Arbeitsvertrag über Berge- und Hilfsarbeiten eingegangen werde, ebensowenig als die Existenz eines gesetzlichen Anspruchs auf Finderlohn einem Arbeitsvertrag über die Finderarbeit im Wege (stehe)."

Ein weiteres Argument für die Unzulässigkeit des Abschlusses eines entgeltgewährenden Arbeitsvertrages über die Pflichtarbeit bot sich in der wiederholten Feststellung, § 1356 II BGB sei zwingendes Recht ²⁾, also sei "für rechtsgeschäftliche Abmachungen unter Eheleuten in diesen Beziehungen kein Raum" ³⁾.

Das Reichsgericht stellte dann in einer späteren einschlägigen Entscheidung ⁴⁾ eine Formel auf, mit der es praktisch die Möglichkeit eröffnete, Arbeitsverträge auch über im Rahmen des § 1356 II BGB verbleibende Tätigkeiten abzuschließen. Es führte aus, bei der Frage, ob und in welchem Umfang die Frau im Einzelfall zu Dienstleistungen verpflichtet sei, handele es sich um die Würdigung tatsächlicher Verhältnisse, die dem subjektiven Ermessen weiten Spielraum lasse; ihre Beantwortung sei in erster Linie Sache der beiden Eheleute selbst. In dem Einverständnis der Eheleute über die Entgeltlichkeit der Dienste komme zum Ausdruck, daß der Ehemann insoweit eine Verpflichtung der Frau i. S. von § 1356 II BGB nicht für gegeben erachte und deshalb eine unentgeltliche Dienstleistung nicht beanspruchen wolle. Der Charakter der Zahlung als Vorbehaltsgut, d. h. aber als Arbeitserwerb, gehe auch nicht dadurch verloren, daß etwa später ein Richter die Meinung gewinne, der Mann habe der Dienstleistungspflicht seiner Frau zu enge Grenzen gesetzt.

-
- 1) Ebenso Titze, aaO, S. 569; Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., S. 22; Molitor, Schlichtungswesen 1926, 28; Friesecke, ArbR 1931, 298; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, I. Bd. (1931), 50; Dietz bei Hueck-Nipperdey-Dietz, Kommentar zum AOG, 4. Aufl., Bem. 23 zu § 1 AOG. Die gleiche Ansicht hatte das BayObLG Recht 1905, 251 (Nr. 1119) hinsichtlich der Arbeitspflicht gem. § 1617 BGB vertreten.
 - 2) Vgl. Cosack, Lehrbuch, 2. Bd., 6. Aufl., S. 552; Schmidt, Vorbem. II 2 vor § 1353; Staudinger-Engelmann-Keidel, Bem. 7 zu § 1356.
 - 3) RGZ 61, 53, wo allerdings zu § 1356 BGB mehr beiläufig Stellung genommen wird (zur Auslegung des Urteils vgl. Hillig, aaO, S. 38); RFHE 32, 104; Franke, RArbBl. II 1933, 274 (275).
 - 4) RGZ 64, 327 f.

Mit dieser vom Reichsgericht in späteren Entscheidungen ¹⁾ bestätigten Begründung war auch für diejenigen, die dafür hielten, der zwingende Charakter von § 1356 II BGB verbiete abweichende Vereinbarungen, Zahlungen seien daher grundsätzlich als Schenkung anzusehen, der Weg frei, tatsächlich doch Arbeitsverhältnisse über die Pflichtarbeit zuzulassen ²⁾.

Der Abschluß eines Arbeitsvertrages über Arbeiten i. S. von § 1356 II BGB wurde weiter auch für statthaft gehalten mit der Erwägung, auf das Recht, vom anderen Ehegatten Mitarbeit zu fordern, könne verzichtet werden ³⁾, wobei teilweise die grundlegende Entscheidung des RG ⁴⁾ so ausgelegt wurde, als habe das Gericht hier einen Verzicht auf die Rechte aus § 1356 II BGB für zulässig gehalten ⁵⁾. Das letztere kann aber gerade aus der genannten Entscheidung nicht herausgelesen werden ⁶⁾; wird doch in ihr gerade darauf abgestellt, ob die Voraussetzungen des § 1356 II BGB gegeben sind oder nicht, wenn auch die Entscheidung darüber in erster Linie den Eheleuten überlassen werden soll.

Ein Verzicht wird weiter auch mit folgender Überlegung als statthaft angesehen: Da ein Ehegatte, schon um sich nicht gegenüber Dritten schadensersatzpflichtig zu machen, gehalten sein könne, die Mitarbeit des anderen im Hinblick auf dessen mangelnde Eignung und Gesundheit nicht in Anspruch zu nehmen, könne "demgemäß" auch auf die Mitarbeit verzichtet werden ⁷⁾.

Die heute fast allgemein ⁸⁾ vertretene Ansicht, Arbeitsverträge seien zulässig auch dann, wenn die Mitarbeit nicht über das durch § 1356 II BGB n. F. geforderte

1) RG LZ 1916, Sp. 1174; RG Recht 1916, Nr. 1519 f.

2) Vgl. Planck-Unzner, Bem. 7 zu § 1356; Staudinger-Engelmann-Keidel, Bem. 7 zu § 1356; Franke, RArbBl. II 1933, 274 (275).

3) Vgl. RAGE 23, 80 (89); BGH FamRZ 1962, 357 (358); Franke, RArbBl. II 1933, 274 (275); Görbing, DStZ (A) 1957, 371. Wägenbaur, JZ 1958, 397; Siebert, StBerJb. 1958/59, 209 (219); Krüger-Breetzke-Nowack, Bem. 27 zu § 1356.

4) RGZ 64, 323.

5) Vgl. Franke, RArbBl. II 1933, 274 (275); Siebert, StBerJb. 1958/59, 209 (219).

6) Ebenso Eichel, aaO, S. 113; auch Leers, aaO, S. 53 f.

7) Palandt, 7. Aufl. (1949) und 26. Aufl. (1967), jeweils Bem. 3 zu § 1356 BGB.

8) Kritisch-resignierend hinsichtlich der Gestaltungsfreiheit der Ehegatten aber Littmann, FR 1958, 58.

Maß hinausgeht ¹⁾, kann und braucht auch nicht damit begründet zu werden, ein Verzicht auf die Rechte aus § 1356 II BGB sei möglich ²⁾.

Einmal bestehen gegen die Zulässigkeit eines Verzichtes auf das Recht, vom anderen Ehegatten Mitarbeit zu fordern, erhebliche Bedenken, zum anderen ist die Zulässigkeit von Arbeitsverträgen unter Ehegatten über Pflichtarbeit i. S. von § 1356 II BGB nicht von der Statthaftigkeit eines Verzichtes abhängig. Der Aussage des BGH ³⁾, § 1356 II BGB n.F. sei nicht zwingenden Rechtes, ein Ehegatte könne auf die Mitarbeit des anderen verzichten, ist in dieser allgemeinen Form nicht zuzustimmen. Die Mitarbeitspflicht ist aus der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft abzuleiten ⁴⁾. Sie hat nicht nur Vermögenswert, sondern ist Teil der sittlich begründeten Zuordnung der Ehepartner ⁵⁾. Dies hat sie gemein mit der Pflicht der Ehegatten, einander Unterhalt zu gewähren, die ebenfalls Ausfluß der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft ist. Ebensowenig wie es den Ehegatten freisteht, auf Unterhalt für die Zukunft zu verzichten (§§ 1360a III, 1614 BGB), können sie durch einen Arbeitsvertrag die Befugnis eines Ehegatten ausschließen, vom anderen die eheliche Unterstützung zu jeder Zeit zu verlangen. Der berechtigte Ehegatte muß frei bleiben, unter veränderten Verhältnissen, etwa bei schlechter wirtschaftlicher Lage, von seinen familienrechtlichen Befugnissen Gebrauch zu machen ⁶⁾. Wie das Arbeitsverhältnis dann abzuwickeln ist, ist an anderer Stelle zu behandeln. Das bedeutet, daß § 1356 II BGB grundsätzlich als

- 1) Vgl. BVerfGE 13, 290 (311); BGH FamRZ 1958, 16 (17); BGH FamRZ 1962, 357 (358); RGRK, Bem. 22 zu § 1356; Erman-Bartholomeyczik Bem. 6 zu § 1356; Staudinger-Nipperdey-Neumann Bem. 7 zu § 611; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, I. Bd., 7. Aufl., S. 52; Meier-Scherling, ArbRBlattei, D-Blatt, Ehefrau I, Arbeitsrechtliche Stellung A II 1; Kupke, BStSozArbR 1951, 332 f.; Monjau, Betrieb 1957, 821; Wägenbaur, JZ 1958, 396 f.; Gernhuber, FamRZ 1958, 243 (247); Siebert, StBerJb. 1958/59, 209 (219); Müller-Freienfels, Nipperdey-Festschrift (1965), Bd. I, S. 634 f.; Leuze/Ott, FamRZ 1965, 15 (22); a. A. Lenski, BB 1957, 1236 (1238).
- 2) So aber ausdrücklich Eichel, aaO, S. 112 f.; wohl auch BGH FamRZ 1962, 357 (358). Dagegen führt BVerfGE 13, 290 (311) aus, es könne dahinstehen, ob § 1356 II BGB zwingend oder verzichtbar sei, jedenfalls sei die Vertragsfreiheit im Rahmen des § 1356 II BGB gegeben.
- 3) FamRZ 1962, 357 (358).
- 4) Eißer, FamRZ 1959, 181.
- 5) Vgl. auch Leuze/Ott, FamRZ 1965, 15 (21).
- 6) Im Ergebnis ebenso Lotmar, Der Arbeitsvertrag, 1. Bd., S. 258; Leuze/Ott, FamRZ 1965, 22.

zwingenden Rechtes anzusehen ist ¹⁾. Allenfalls ist daran zu denken, daß ein jederzeit frei widerruflicher Verzicht statthaft ist ²⁾. Es bedarf aber, wie bereits ausgeführt, gar nicht der Annahme eines solchen jederzeit frei widerruflichen Verzichts, um die Zulässigkeit von Arbeitsverträgen über Arbeiten i. S. von § 1356 II BGB zu begründen. § 1356 II BGB ordnet nicht ein gesetzliches Beschäftigungsverhältnis zwischen den Ehegatten an ³⁾. Ein Ehegatte ist nicht verpflichtet, die Mitarbeit des anderen anzufordern. Selbst wenn man entgegen der herrschenden Meinung ⁴⁾ einem Ehegatten ein Recht auf Mitarbeit zugestehen wollte ⁵⁾, so besteht für ihn doch wiederum keine Pflicht, dieses Recht auszuüben. Schließen Ehegatten einen Arbeitsvertrag, so bedeutet dies nichts anderes als daß sie von ihren Rechten, Arbeit zu verlangen bzw. Arbeit zu leisten, keinen Gebrauch machen. Sie bewegen sich völlig außerhalb des durch § 1356 II BGB geregelten Bereichs ⁶⁾. Es handelt sich also lediglich um eine Nichtausübung von Rechten, die von einem Verzicht auf diese Rechte sehr wohl zu unterscheiden ist.

3. VERPFLICHTUNG ZUR EHELICHEN LEBENSGEMEINSCHAFT (§ 1353 BGB) UND ARBEITSVERHÄLTNISSE UNTER EHEGATTEN

Sind also durch § 1356 II BGB Ehegatten nicht gehindert, Arbeitsverträge miteinander abzuschließen, so fragt es sich doch, ob nicht die eheliche Verbundenheit (§ 1353 BGB) als solche es ihnen verwehrt, Arbeitsverhältnisse miteinander einzugehen, wobei es insoweit unerheblich ist, ob es sich um Arbeiten innerhalb oder außerhalb des Rahmens von § 1356 II BGB handelt.

In so eindeutiger Weise, wie das Reichsversicherungsamt und ihm folgend auch einige Schriftsteller diese Ansicht von der Unvereinbarkeit von Ehe und Arbeits-

-
- 1) So auch Hillig, aaO, S. 38 f.; Eißer, FamRZ 1959, 183.
 - 2) So wohl Leuze/Ott, FamRZ 1965, 22.
 - 3) Leuze/Ott, FamRZ 1965, 22.
 - 4) Vgl. RAGE 23, 80 (86); Staudinger-Hübner, Bem. 35 zu § 1356; Soergel-Siebert, Bem. 19 zu § 1356; Palandt, Bem. 3 zu § 1356; Krüger-Breetzke-Nowack, Bem. 27 zu § 1356; Eißer, FamRZ 1959, 183.
 - 5) So Gernhuber, Lehrbuch, S. 173 ff.; ders., FamRZ 1958, 249; Boehmer, FamRZ 1960, 177. Für ein Recht auf Mitarbeit seinerzeit de lege ferenda u. a.: Mitteis, SJZ 1950, 243; Stephan, NJW 1950, 665.
 - 6) Hillig, aaO, S. 34 ff. sieht im Abschluß eines Arbeitsvertrages einen Verzicht auf die Unentgeltlichkeit der Dienste, nicht auf diese selbst. Wie er dann aber die Verbindung von der Entgeltlichkeit der Dienste zum Arbeitsvertrag herstellt (S. 40), überzeugt wenig.

verhältnis vertreten hatten, ist in späterer Zeit diese Auffassung nicht mehr zum Ausdruck gebracht worden. Selbst der Reichsfinanzhof, der in seinen Entscheidungen der steuerlichen Anerkennung von Arbeitsverhältnissen unter Ehegatten mit Ausnahme eines Urteils zum Braunschweiger Gewerbesteuerrecht ¹⁾ ablehnend gegenüberstand, betonte eingangs seiner Überlegungen, "es (könne) und (solle) nicht bestritten werden, daß nach dem bürgerlichen Recht ein Angestelltenverhältnis auch zwischen Ehegatten unter gewissen Voraussetzungen anerkannt werden kann" ²⁾. Auch der Bundesfinanzhof, der bis zu den seine Rechtsgrundsätze mißbilligenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ³⁾ im wesentlichen die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofes fortführte ⁴⁾, stellte die Zulässigkeit von Arbeitsverträgen unter Ehegatten nach bürgerlichem Recht nicht in Frage ⁵⁾. Ferner hält Nikisch ⁶⁾ den Abschluß eines Arbeitsvertrages zwischen Ehegatten keineswegs für unzulässig. Er meint lediglich, "Fälle, in denen einwandfrei festgestellt werden (können), daß der eine Ehegatte in den Dienst des anderen treten sollte, (kämen) kaum vor". Ob dem so ist, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, hier geht es nur darum, darzutun, daß gegenwärtig wohl von keiner Seite die Unvereinbarkeit von Ehe und Arbeitsverhältnis behauptet wird. Die Ehe ist, wie man erkannt hat, "kein so ausschließliches Verhältnis, daß sie alle Beziehungen zwischen den Ehegatten notwendig zu ehelichen machte oder andere Beziehungen als eheliche und ehегüterrechtliche zwischen ihnen nicht zuließe" ⁷⁾. Insbesondere steht die dem Arbeitsverhältnis eigentümliche Unterordnung mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter

1) RFHE 32, 100.

2) RFHE 27, 22 (24).

3) BVerfGE 13, 290, 318; vgl. ferner BVerfGE 16, 241 ff.

4) Mit Recht beschrieb Grass, StbJb. 1958/59, 190 die damalige Haltung des BFH als "weltanschaulich festgelegt" und machte Barth, Betrieb 1961, 1112 dem BFH den Vorwurf, in Wirklichkeit längst außer Kraft gesetzte steuerrechtliche Bestimmungen weiterzuführen.

5) BFHE 64, 3; BFHE 66, 66 (79) mit Anm. Grieger, BB 1958, 148 f. Die frühere Rspr. des BFH war Anlaß zahlreicher Äußerungen im Schrifttum, vgl. u. a. außer bereits Genannten noch Felix, FR 1957, 270; Mittelbach DStZ (A) 1957, 86; Boeker, BB 1957, 1175; Paulick, FamRZ 1957, 1, 105, 349; Ott, BB 1960, 1157.

6) Lehrbuch, 3. Aufl., 1. Bd., S. 110 f.

7) Franke, RArbBl. II, 1933, 490; ähnlich auch BVerfGE 13, 290 (308). Schon aus den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung läßt sich entnehmen, daß auch der Gesetzgeber Dienstverhältnisse zwischen Ehegatten für möglich hält, heißt es doch dort: "Leiste die Frau im Geschäft des Mannes entgeltliche Dienste, so (wird) die Gegenleistung Vorbehaltsgut" (Protokolle, IV. Bd., S. 125; Mugdan, Materialien, IV. Bd., S. 752 f.).

nicht in Widerspruch ¹⁾. Anderer Meinung in diesem Punkt war allerdings schon das Reichsversicherungsamt ²⁾ gewesen, obwohl doch seinerzeit von einer familienrechtlichen Gleichberechtigung angesichts des patriarchalischen Ehebildes kaum die Rede sein konnte. Auf der gleichen Linie liegt es auch, wenn der BGH ³⁾ im Anschluß an Nikisch ⁴⁾ meint feststellen zu müssen, das Weisungsrecht im Arbeitsverhältnis stehe im Widerspruch zum Wesen der Ehe, es vertrage sich nicht mit der engen persönlichen Lebensgemeinschaft, die die Ehegatten miteinander verbindet, wobei hier nur nicht recht verständlich ist, weshalb ein Arbeitsverhältnis zwischen Ehegatten überhaupt, wenn auch nur in besonders gelagerten Fällen, möglich sein soll ⁵⁾.

Diese Einwände, die von der auf gegenseitiger Gleichberechtigung aufgebauten familienrechtlichen Gemeinschaft der Partner ausgehen, verkennen, daß die im Arbeitsverhältnis freiwillig ⁶⁾ eingegangene Abhängigkeit im Betrieb von dieser Zuordnung im ehelichen Bereich zu unterscheiden ist ⁷⁾. Bei der arbeitsrechtlichen Abhängigkeit handelt es sich um eine Unterordnung "in einem rein sachlichen Bereich", sie ist deshalb "mit dem Wesen der Ehe sehr wohl verträglich" ⁸⁾. Im übrigen wird auch die Mitarbeit im Rahmen des § 1356 II BGB in vielen Fällen in Abhängigkeit und Unterordnung unter das Weisungsrecht des berechtigten

-
- 1) Dies behauptet auch Nikisch, 3. Aufl., 1. Bd., S. 111 nicht. Er meint nur, eine Unterordnung im rechtlichen Sinne würde, wenn die Mitarbeit auf familienrechtlicher Grundlage geleistet wird, gegen die Gleichberechtigung verstoßen. Allein auch das dürfte nicht zutreffen, vgl. unten S. 75.
 - 2) Vgl. RVA AN 1888, 314.
 - 3) FamRZ 1961, 212 (214) = AP Nr. 1 zu § 1356 BGB.
 - 4) Lehrbuch, 1. Bd., jetzt 3. Aufl., S. 111.
 - 5) So aber BGH, aaO, und Nikisch, aaO, S. 110. Auf den Widerspruch in der Argumentation des BGH und Nikischs weisen auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 7. Aufl., 1. Bd., S. 52 f. Note 59 auf S. 53 hin.
 - 6) Deshalb scheidet insoweit ein Verstoß gegen Art. 3 II GG von vornherein aus, vgl. dazu insbes. Dürig, Festschrift Nawiasky, S. 160, 168.
 - 7) So auch Görbing, DStZ (A) 1957, 371; Kaatz, FR 1958, 270; Hueck-Nipperdey Lehrbuch, 7. Aufl., 1. Bd., S. 52 Note 59 zu BGH BB 1961, 332 = FamRZ 1961, 212 = AP Nr. 1 zu § 1356.
 - 8) BVerfGE 13, 290 (306); vgl. auch BVerfGE 13, 290 (304 f., 308 f.); Leuze/Ott, FamRZ 1965, 23; Mittelbach, Angehörige ..., aaO, S. 25.

Ehegatten erbracht¹⁾. Von der wohl herrschenden Meinung wird ja geradezu, wie bereits ausgeführt, diese Bestimmung so ausgelegt, daß nach § 1356 II BGB n.F. ein Ehegatte nur zur Erbringung weisungsgebundener Hilfeleistung verpflichtet sei²⁾. Entgegen Nikisch³⁾ handelt es sich auch bei der familienrechtlichen Arbeit um eine rechtliche, nicht nur tatsächliche Unterordnung, soweit die Leistung abhängiger Arbeit geschuldet wird. Liegen die Voraussetzungen des § 1356 II BGB vor, so ist der betroffene Ehegatte verpflichtet, im Beruf oder Geschäft des anderen Ehegatten mitzuarbeiten. Damit ist klargestellt, daß der verpflichtete Ehegatte sich in einem ihm fremden Arbeitsbereich einzufügen hat. Ein Ehegatte würde seiner gesetzlichen Pflicht nicht genügen, wenn er im Betrieb des anderen zwar mitarbeitete, sich aber dessen Weisungsrecht nicht unterwürfe. Für ihn besteht deshalb auch eine Rechtspflicht zur Unterordnung⁴⁾.

Es ist auch nicht ersichtlich, wieso eine solche Unterordnung im rechtlichen Sinne bei familienhafter Mitarbeit gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz (Art. 3 II GG) verstoßen sollte⁵⁾. Die rechtliche Unterordnung trifft den jeweils zur Mitarbeit verpflichteten Ehegatten; das kann sowohl der Mann wie auch die Frau sein. Überdies erstreckt sich die eheliche Gleichordnung nicht auf den Bereich, in dem die Mitarbeit zu erbringen ist, "weil Beruf oder Geschäft ... zur separaten Vermögenssphäre eines jeden Ehegatten gehören"⁶⁾.

4. UNTERHALTSPFLICHTEN UND ARBEITSVERHÄLTNISSE UNTER EHEGATTEN

Auch die zwischen den Ehegatten bestehenden Unterhaltspflichten schließen die Möglichkeit, Arbeitsverträge abzuschließen, nicht aus. Auch wenn man den Bedenken, die dagegen bestehen, Arbeit beim anderen Ehegatten als unmittelbare

- 1) Auf diese Gemeinsamkeit zwischen vertraglicher Arbeit im Arbeitsverhältnis und der gesetzlichen Arbeitspflicht (§ 1356 II BGB) haben besonders Leuze/Ott, FamRZ 1965, 15 (22, 23) hingewiesen; vgl. auch schon Klöpfer, aaO, S. 68. Dagegen meint Hohlfeld, StberJb. 1958/59, 243, insoweit ähnlich wie Nikisch, Lehrbuch, 1. Bd., 3. Aufl., S. 111, die Mitarbeit nach § 1356 II BGB begründe keine Unterordnung.
- 2) Vgl. BGH FamRZ 1962, 357 (358); FamRZ 1963, 281; Palandt-Lauterbach, Bem. 3 zu § 1356; Soergel-Siebert-Vogel, Bem. 20 zu § 1356; Schönle, BB 1958, 410.
- 3) Lehrbuch, 3. Aufl., 1. Bd., S. 111.
- 4) So wohl auch Leuze/Ott, FamRZ 1965, 15 (23).
- 5) Das nimmt aber Nikisch, Lehrbuch, 3. Aufl., 1. Bd., S. 111 an.
- 6) Leuze/Ott, FamRZ 1965, 23.

Erfüllung der Unterhaltspflicht anzusehen ¹⁾, nicht folgt und annimmt, solche Mitarbeit könne unmittelbar Erfüllung der Unterhaltspflicht sein ²⁾, so hindert eine solche Unterhaltspflicht gleichwohl nicht den Abschluß eines Arbeitsvertrages. Die Tätigkeit des Ehegatten dient ja zugleich auch der Befriedigung seiner eigenen Lebensbedürfnisse. Schon aus dieser Tatsache wird abgeleitet, daß ein Arbeitsvertrag somit nicht ausgeschlossen sei ³⁾. Es ist nicht einzusehen, warum es unzulässig sein sollte, durch Abschluß eines Arbeitsvertrages den arbeitenden Ehegatten in die Lage zu versetzen, seiner Unterhaltspflicht selbst unmittelbar nachzukommen ⁴⁾. Diese Auffassung teilt offensichtlich auch das Reichsarbeitsgericht ⁵⁾. Nachdem es ausgeführt hat, daß die Tätigkeit des Mannes (der seinerzeit keine Verpflichtung aus § 1356 II BGB a.F. hatte, wohl aber eine unbedingte Unterhaltspflicht gegenüber seiner Frau) im Geschäft der Ehefrau regelmäßig als dienstvertragliche anzusehen sei ⁶⁾, weist das Gericht darauf hin, daß von den dienstvertraglichen Ansprüchen des Mannes als schon erhaltene Abgeltung Entnahmen der Ehefrau in dem Umfang ihrer Unterhaltsberechtigung abzuziehen seien. Ein unzulässiger Verzicht auf zukünftigen Unterhalt liegt in der Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses mit einem (auch) unterhaltspflichtigen Ehegatten schon deshalb nicht ⁷⁾, weil der Arbeitnehmerehegatte alsdann den Unterhalt aus seinem Arbeitsverdienst zu leisten hat ⁸⁾. In der Rechtsprechung ist denn auch öfters trotz Vorliegens von Unterhaltspflichten des Arbeitnehmerehegatten die Zu-

1) Vgl. S. 60 f.

2) Vgl. RG JW 1931, 3310; RAGE 14, 107 ff.; RAG ARS 42, 57; Franke, RArbBl. II 1933, 277; Rothe, BStSozArbR 1955, 90; BGH FamRZ 1963, 281 f.; BGH VersR 1963, 733 f.; Motsch, FamRZ 1966, 224 f.

3) Volkmar, ArbRspr. 1930, 339; Franke, RArbBl. II 1933, 277.

4) Gerechtfertigten Schutz gegen die Inanspruchnahme des Entgelts durch Gläubiger des Mitarbeitenden bieten die Lohnpfändungsvorschriften (vgl. Volkmar, ArbRspr. 1930, 339). Wirksamerer Schutz (vgl. Motsch, FamRZ 1966, 225 (Note 59)) wäre ungerechtfertigt und durch eine sachgerechte Handhabung des § 850 h II ZPO (vgl. zu § 850 h II ZPO Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey I (1965) S. 629 (Note 15); wie dort bereits Jonas, DJ 1934, 1344; DJZ 1934, 1318 f. und neuerdings LAG Frankfurt (M) MDR 1965, 1026; Wenzel, MDR 1965, 1027; Fenn, AcP 167 (1967), 162) ohnehin zu vereiteln.

5) RAG ARS 47, 41 f.

6) Bedenken dagegen bei Volkmar, Anm. ARS 47, 38 ff. (46).

7) A. A. aber Motsch, FamRZ 1966, 225.

8) Vgl. eingehend Müller-Freienfels, Festschrift Nipperdey I (1965) S. 644 f.

lässigkeit von Arbeitsverhältnissen unter Ehegatten bejaht worden ¹⁾. Die Tatsache als solche, daß von einem unterhaltsverpflichteten Ehegatten im Betrieb des anderen Arbeit geleistet wird und dieser auf andere Weise Unterhalt nicht erbringt, schließt also die Vereinbarung bzw. das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nicht aus. In solchen Fällen wird man lediglich, wenn klare Abmachungen nicht ersichtlich sind, mit der Feststellung, es liege gleichwohl ein Arbeitsverhältnis vor, besonders zurückhaltend sein müssen.

II. GRUNDVORAUSSETZUNGEN FÜR DIE FESTSTELLUNG VON EHEGATTENARBEITSVERHÄLTNISSEN

Steht damit fest, daß ein Arbeitsverhältnis unter Ehegatten überhaupt möglich ist, so ist die Frage zu behandeln, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit im Einzelfall das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses festgestellt werden kann. Die Besonderheit, daß sich Partner gegenüberstehen, die durch die Ehe miteinander verbunden sind, macht es notwendig, die allgemein für jedes Arbeitsverhältnis geltenden Grundsätze unter diesen eigentümlichen Bedingungen zu erörtern.

Ohne Bedenken wird man auch zivilrechtlich das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses unter Eheleuten bejahen können, wenn den strengen Anforderungen genügt ist, die der Bundesfinanzhof für die steuerliche Berücksichtigung eines Ehegattenarbeitsverhältnisses aufgestellt hat.

Nach dieser Rechtsprechung wird als Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung von Arbeitsverhältnissen unter Ehegatten gefordert, daß "die diesen Rechtsverhältnissen zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarungen ... klare und eindeutige vertragliche Festlegungen enthalten und daß diese auch tatsächlich durchgeführt werden" ²⁾. Es genügt nicht, daß ein Ehegatte lediglich über seine aus § 1356 II BGB folgende Pflicht mitgearbeitet hat ³⁾. Die Vereinbarungen bedürfen nicht der Schriftform, sie können auch mündlich, ja sogar stillschweigend erfolgen ⁴⁾. Entscheidend ist die tatsächliche Durchführung, d. i. Leistung von Arbeit

- 1) Vgl. RAGE 6, 282 ff.; RAG ARS 9, 518; ARS 10, 161; ebenso auch BGH LM Nr. 5 zu § 705 bez. Gesellschaft. Vgl. insbes. BVerfGE 18, 312 f.: "Von einer Überlagerung arbeitsvertraglicher Abmachungen insbes. durch §§ 1356, 1353 oder 1360 kann keine Rede sein".
- 2) Ständige Rechtsprechung: BFHE 74, 584 (585); BFHE 75, 319 (320); BFH HFR 1963, Nr. 10, 49; BFHE 78, 335 (336).
- 3) Vgl. BFHE 76, 508 für steuerliche Anerkennung eines Gesellschaftsverhältnisses.
- 4) BFHE 74, 584; BFH HFR 1963, Nr. 9, 10 und 49.

einerseits ¹⁾ und Zahlung des Lohnes andererseits ²⁾. Wird tatsächlich regelmäßig eine Vergütung gewährt, kann auch bei Fehlen einer ausdrücklichen Gehaltsabrede "unter Berücksichtigung von § 612 BGB auf eine stillschweigende Vereinbarung einer angemessenen Vergütung geschlossen werden" ³⁾. In aller Regel müssen die vereinbarten Zahlungen regelmäßig "zu den im Wirtschaftsleben üblichen Terminen" erbracht werden ⁴⁾. Eine Pauschalverbuchung nicht gezahlten Gehalts in Form eines Anteils als stiller Gesellschafter stellt nach dieser Rechtsprechung ebenso wenig die erforderliche tatsächliche Vollziehung eines Ehegattenarbeitsverhältnisses dar ⁵⁾, wie das darlehnsweise Stehenlassen von Gehalt ⁶⁾, es sei denn, es trete bei den Lohnzahlungen, etwa aus Liquiditätsschwierigkeiten, eine kurzfristige Verschiebung der Lohnzahlung auf, "die auch einen fremden Arbeitnehmer veranlaßt hätten, sich mit einer vorübergehenden, zeitlich abgegrenzten Kreditierung (Stundung) einverstanden zu erklären" ⁷⁾. Obwohl der BFH bisher - soweit ersichtlich - noch keine Gelegenheit zu einer ausdrücklichen Stellungnahme hatte, wird man daraus, daß er die Beachtlichkeit von Ehegattenarbeitsverhältnissen daran mißt, was zwischen Vertragspartnern üblich ist, die nicht Eheleute sind, folgern dürfen, daß die Vergütung nicht wesentlich über den ortsüblichen Sätzen für derartige Arbeiten liegen darf ⁸⁾. Nicht gefordert wird vom BFH, daß Lohnsteuer ab-

- 1) BFH HFR 1963, Nr. 49 und 279. Gelegentlich scheint der BFH sogar zu fordern, daß durch die Mitarbeit eine fremde Arbeitskraft ersetzt werden müsse; vgl. BFH HFR 1963, Nr. 49 und besonders Nr. 279. Eine solche Anforderung würde aber im Widerspruch stehen zu den Ausführungen des BVerfG, das zwischen Arbeiten im üblichen Rahmen (§ 1356 II BGB) und darüberhinausgehenden nicht unterscheidet (vgl. BVerfGE 13, 290 (311)). Eindeutig erkannten das ProVG (JW 1931, 1052 (1053)) und der RFH (RFHE 32, 100 (103 f.)) Arbeitsverträge nicht an, soweit die Ehefrau lediglich Arbeiten im Umfang des § 1356 II BGB leistete; gegen das Abheben auf § 1356 II BGB im Ergebnis mit Recht Ebel, StArch 38 (1935), 232 ff.
- 2) BFHE 75, 319 (322); HFR 1963, Nr. 9 (S. 10), Nr. 49, Nr. 279; BFHE 78, 335 ff.
- 3) BFHE 75, 319 (321); kritisch dazu Wacke, aaO, S. 61.
- 4) BFH HFR 1963, Nr. 10; vgl. auch BFHE 75, 319 (322); BFH HFR 1963, Nr. 9 und Nr. 279; BFHE 78, 335 (337).
- 5) BFHE 76, 319 (322).
- 6) BFH HFR 1963, Nr. 10 und 279; BFHE 78, 335 (337). Dagegen ließ ProVG JW 1931, 1052 (1053) Gutschrift genügen.
- 7) BFH HFR 1963, Nr. 279; BFHE 78, 335 (337).
- 8) So bereits ProVG ProVGE 83, 63 (64) und JW 1931, 1052 (1053).

geführt wird ¹⁾, da dies eine Pflicht ist, die lediglich den Arbeitgeber als solchen, nicht aber das Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer betrifft ²⁾. Soweit nunmehr ³⁾ Sozialversicherungspflicht besteht ⁴⁾, wird Entsprechendes auch für die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen gelten. Die Ehegatten können gegenüber den Steuer- und Versicherungsbehörden in Bezug auf ein Arbeitsverhältnis nicht "nach Belieben unterschiedliche Rechtswirkungen herbeiführen" dergestalt, daß sie steuerrechtlich die Anerkennung eines Arbeitsverhältnisses betreiben, versicherungsrechtlich das Vorliegen eines solchen aber leugnen und umgekehrt ⁵⁾.

Unbedenklich kann davon ausgegangen werden, daß, wenn diesen strengen Anforderungen, die der Bundesfinanzhof an die Anerkennung von Arbeitsverhältnissen unter Ehegatten stellt, genügt ist, auch bürgerlich-rechtlich ein vollgültiges Arbeitsverhältnis unter Ehegatten vorliegt. Es ist aber zu fragen, ob nicht bürgerlich-rechtlich, wo nicht wie im Steuerrecht diese Strenge erforderlich ist, "weil andernfalls dem Mißbrauch zur Erlangung ungerechtfertigter Steuervorteile Tor und Tür geöffnet wäre" ⁶⁾, Arbeitsverhältnisse unter Ehegatten auch dann vorliegen können, wenn die vom Bundesfinanzhof verlangten Voraussetzungen nicht gegeben sind.

Auszugehen ist von einem im Tatsächlichen eindeutigen Befund: Ein Ehegatte leistet im Beruf oder Betrieb des anderen Arbeit. Fehlt nun eine ausdrückliche und eindeutige übereinstimmende Erklärung der Eheleute über die rechtliche Organisation ihrer Zusammenarbeit, so muß man bedenken, in welchen Formen diese Zusammenarbeit vonstatten gehen kann:

- 1) Die Beziehungen der Ehegatten sind rein familienrechtlich,
- 2) Die Eheleute wollen sich überhaupt nicht auf den Boden des Rechts begeben, es handelt sich um reine Gefälligkeitsverhältnisse,
- 3) Die Ehegatten gestalten ihre Zusammenarbeit schuldrechtlich.

1) BFHE 74, 584 (587); BFH HFR 1963, Nr. 49.

2) BFHE 74, 584 (587).

3) Bisher war die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen schon deshalb unerheblich, weil für beim Ehegatten Beschäftigte Versicherungsfreiheit (§ 175 RVO) bestand, vgl. auch BFHE 74, 584 (587).

4) Vgl. das 2. RVändG (BGBl. 1966 I 745), oben S. 67.

5) Vgl. Hauffe/Wulforth, aaO, S. 41.

6) BFHE 78, 335 (336).

Die im Arbeitsverhältnis geleistete Arbeit ist unselbständige, fremdbestimmte Arbeit ¹⁾, der Arbeitnehmer steht in persönlicher, nicht notwendig wirtschaftlicher ²⁾ Abhängigkeit zum Arbeitgeber. Da aber auch Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, abhängige Arbeit leisten, wie die Beamten und diejenigen, die auf Grund familienrechtlicher Verpflichtung mitarbeiten ³⁾, ist es notwendig und gerade für die Frage der Ehegattenarbeitsverhältnisse entscheidend, ein weiteres Kriterium zu finden. Welcherart dieses Kriterium ist, darüber wird in der Arbeitsrechtswissenschaft heftiger Streit ausgetragen. Im Rahmen unserer Untersuchung ist es weder angezeigt noch erforderlich, in eine Erörterung der Einzelheiten dieses, was seine praktische Bedeutung angeht, "überlebten Streit(es)" ⁴⁾ einzutreten. Im wesentlichen wird die Diskussion zwischen Alfred Hueck einerseits und Nikisch andererseits bestritten, es stehen sich Vertragstheorie und Eingliederungstheorie gegenüber. Während Hueck, auch gerade, um Arbeitsverhältnisse von bloß familienhafter Arbeitsleistung abzugrenzen, als Voraussetzung des Arbeitnehmerbegriffs die Beschäftigung auf Grund privatrechtlichen Vertrages, durch den eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung übernommen wird, nennt ⁵⁾, genügt es nach Nikisch, daß der Arbeitnehmer sich freiwillig, im Einverständnis mit dem Arbeitgeber in dessen Dienst begeben hat ⁶⁾. Nikisch meint aber, mit dem freiwilligen Indiensttreten und dem Einverständnis des Arbeitgebers sei "dem Tatbestand nach ein Vertragsschluß gegeben" ⁷⁾. Da aber der Vertrag ungültig sein könne und dann trotzdem ein faktisches Arbeitsverhältnis zustande komme, was auch Hueck nicht bestreitet ⁸⁾, müsse klargestellt werden, daß das Arbeitsverhältnis auf dem tatsächlichen Einverständnis der Beteiligten und seiner Betätigung beruhe, nicht aber auf dem Vertrag ⁹⁾.

-
- 1) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 1. Bd., 7. Aufl., S. 41; Nikisch, Lehrbuch, 1. Bd., 3. Aufl., S. 4; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem. 15 vor § 611.
 - 2) Daß wirtschaftliche Abhängigkeit nicht vorzuliegen braucht, ist heute wohl allgemein anerkannt, vgl. Nikisch, Lehrbuch, 1. Bd., 3. Aufl., S. 10; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 1. Bd., 7. Aufl., S. 35 Note 3 mit Nachw., insbes. der früheren abweichenden Ansichten; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem. 17 vor § 611 BGB.
 - 3) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 1. Bd., 7. Aufl., S. 37, 39.
 - 4) Nikisch, Lehrbuch, 1. Bd., 3. Aufl., Vorwort S. VIII.
 - 5) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 1. Bd., 7. Aufl., S. 37 f., 116 ff.
 - 6) Nikisch, Lehrbuch, 1. Bd., 3. Aufl., S. 92 f.
 - 7) Nikisch, aaO, S. 92.
 - 8) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 1. Bd., 7. Aufl., S. 40 f., 123 ff.
 - 9) Nikisch, aaO, S. 93.

Versucht man nach dieser kurzen Skizzierung ein nach beiden Theorien vertretbares Ergebnis herauszustellen, so kann man den Schluß ziehen, daß die Eingehung einer Verpflichtung zur Arbeitsleistung jedenfalls nicht Voraussetzung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sein kann. Unbedingtes Erfordernis nach beiden Ansichten ist es nur, daß die Arbeit im Einverständnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer geleistet wird. In dieser Eindeutigkeit wird dieser Schluß, was allerdings offen dargelegt werden muß, weder von Nikisch noch von Hueck gezogen. Nach beiden kann nämlich die Verpflichtung zur Arbeitsleistung nur entbehrt werden im Hinblick auf ungültige Arbeitsverträge ¹⁾. Diese Beschränkung überzeugt aber nun nicht. Nikisch führt aus, begebe sich jemand freiwillig in den Dienst eines anderen mit dessen Einverständnis, so sei dem Tatbestand nach ein Vertragsschluß gegeben ²⁾; er meint damit den Abschluß eines Arbeitsvertrages, der eine Dienstpflicht, aus welcher sich wiederum auch die Arbeitspflicht ergibt, begründet ³⁾. Ebenso nimmt Hueck an, habe sich der Arbeitnehmer freiwillig in fremde Dienste begeben und liege auf seiten des Arbeitgebers der Wille zur Beschäftigung vor, so sei zumindest stillschweigend ein Arbeitsvertrag zustandegekommen ⁴⁾. Nun wird man zwar vielleicht noch zugeben können, daß in dem Einverständnis der Beteiligten über die Beschäftigung der stillschweigende Abschluß eines Vertrages liegt, es ist aber nicht recht ersichtlich, wieso bei dieser Willenseinigung auch die Verpflichtung zur Leistung von Arbeit übernommen worden sein soll. Arbeitet jemand freiwillig in fremden Diensten mit Einverständnis des Arbeitgebers, so ist damit noch nicht gesagt, daß er sich auch der Freiheit begeben hat, jederzeit seine Arbeit einzustellen. In der Regel wird diese Verpflichtung allerdings übernommen sein, doch ist es durchaus auch denkbar, daß der Arbeit Leistende sich zwar, solange er arbeitet, den Weisungen des Arbeitgebers unterworfen hat, eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung aber nicht eingegangen ist. Ganz ebenso wie in den Fällen, in denen der Vertrag ungültig ist, ein Arbeitsverhältnis, wenn nur Arbeit geleistet wird, entstanden, aber jederzeit lösbar ist ⁵⁾, so kann also auch ein Arbeitsverhältnis vorliegen, wenn gearbeitet wurde, ohne daß eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung eingegangen worden ist. Entscheidend ist nur, daß der Arbeitnehmer sich frei-

1) Vgl. Nikisch, aaO, S. 92 f., 173, bes. dort Note 57; Hueck, aaO, S. 40 f., 123 ff.

2) Nikisch, aaO, S. 92.

3) Nikisch, aaO, S. 92 ff., 173 f. Zu dem hier nicht weiter interessierenden streitigen Problem von Dienstpflicht und Arbeitspflicht vgl. Nikisch, aaO, S. 160 f.

4) Hueck, aaO, S. 37, 38, Note 9 unter b).

5) Nikisch, aaO, S. 174 f.; Hueck, aaO, S. 125, 188, 190, 191.

willig im Einverständnis mit dem Arbeitgeber in dessen Dienst begab. Warum ein solches faktisches Arbeitsverhältnis ¹⁾ nur dann soll angenommen werden können, wenn der Arbeitsvertrag ungültig ist ²⁾, ist nicht recht einzusehen ³⁾, es sei denn, man läßt eine Willensübereinstimmung der Beteiligten über die Leistung der Arbeit, die keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung enthalten muß, als Grundlage des Arbeitsverhältnisses genügen.

Das Ergebnis dieser Überlegungen ist, daß ein Arbeitsverhältnis unter Ehegatten vorliegen kann, ohne daß eine Verpflichtung des mitarbeitenden Ehegatten zu den Arbeitsleistungen eingegangen worden ist. Das Fehlen einer solchen Arbeitsverpflichtung entspricht auch viel eher den tatsächlichen Gestaltungen, die Eheleute vornehmen, denn der Gedanke, eine Arbeitsverpflichtung zu übernehmen, der er sich notfalls nur durch Kündigung entziehen kann, wird dem mitarbeitenden Ehegatten meist fernliegen ⁴⁾.

Die Abgrenzung zum familienrechtlichen Mitarbeiterverhältnis i. S. von § 1356 II BGB wird dadurch gegeben, daß beim Arbeitsverhältnis die Arbeit freiwillig übernommen worden sein muß. Freiwilligkeit kann nicht angenommen werden, wenn Übereinstimmung der Ehegatten herrscht, daß die Mitarbeit in Erfüllung der gesetzlichen Mitarbeitspflicht erfolgt und die Voraussetzungen des § 1356 II BGB auch objektiv vorliegen ⁵⁾. Schwieriger ist die Frage zu entscheiden, ob Freiwilligkeit auch gegeben sein kann, wenn die Ehegatten übereinstimmend davon ausgehen, die Voraussetzungen für eine gesetzliche Verpflichtung lägen vor, dies aber objektiv nicht der Fall ist. Die Pflicht aus § 1356 II BGB kann vertraglich nicht erweitert werden ⁶⁾. Wenn der Bundesgerichtshof bezüglich Gesellschafts-

1) Hueck, aaO, S. 125; Nikisch, aaO, S. 93.

2) Das tun Nikisch (aaO, S. 92, 93) und Hueck (aaO, S. 37, 38 unter Note 9, S. 125) mit der Begründung, "der Fall, daß es am äußeren Tatbestand eines Vertragsschlusses fehle, sei kaum denkbar" (Nikisch, aaO, S. 173 Note 57; ebenso Hueck, aaO, S. 37 (39) Note 9 unter c)).

3) Für Annahme eines faktischen Arbeitsverhältnisses auch bei Fehlen des Arbeitsvertrages überhaupt, auch Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, S. 391, insbes. S. 392 Note 20.

4) Auf den meistens fehlenden Verpflichtungswillen weist mit Recht auch Weimar, ArbUR 1956, 363 hin, zieht aber daraus den Schluß, die "Annahme eines Dienstvertrages (bereite) deshalb rechtliche Schwierigkeiten".

5) Ähnlich Hueck, aaO, S. 37 (38) Note 9.

6) RAGE 23, 80 (89).

verhältnissen unter Ehegatten ausführt, die Ehegatten brauchten sich nicht bewußt gewesen zu sein, daß ihre Beziehungen rechtlich als Innengesellschaft beurteilt werden könnten¹⁾, so ist das ersichtlich nur für Fälle ausgesprochen, in denen die Ehegatten sich überhaupt keine ausdrücklichen Vorstellungen über ihre Zusammenarbeit gemacht hatten. Dasselbe kann aber nicht gelten, wenn die Gatten übereinstimmend, wenn auch irrigerweise, davon ausgehen, bei der Mitarbeit des einen handle es sich um Pflichtarbeit i. S. von § 1356 II BGB, denn in diesem Fall kann von einer von den Ehegatten offengelassenen Einordnung ihrer rechtlichen Beziehungen nicht die Rede sein. Eine Willensübereinstimmung darüber, daß freiwillig Arbeit geleistet werden soll, fehlt. Eine vermögensrechtliche Regulierung kann in solchen Fällen allenfalls unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung erfolgen (*condictio indebiti*).

Ist ein Ehegatte der Auffassung, sein Partner sei zu Dienstleistungen verpflichtet, und leistet dieser Ehegatte, obwohl er weiß, zu Dienstleistungen nicht verpflichtet zu sein, trotzdem Arbeit, so fehlt es hier an der für ein Arbeitsverhältnis erforderlichen Willensübereinstimmung, daß freiwillige Arbeit geleistet werden soll. In diesem Falle kann auch ein Bereicherungsanspruch dem leistenden Ehegatten wegen § 814 BGB nicht zustehen. Es liegt eine Leistung vor, die so zu behandeln ist, als ob eine Verpflichtung bestand. Der leistende Ehegatte würde sich mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen, wenn er nun weitere Rechte daraus herleiten wollte, daß in Wahrheit keine Verpflichtung zur Leistung bestand. Nimmt dagegen der leistende Ehegatte eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung an und läßt sich der andere Ehegatte, ohne diesen erkannten Irrtum aufzuklären, die Leistungen gewähren, so fehlt es zwar auch hier am Erfordernis der Freiwilligkeit, weshalb ein Arbeitsverhältnis nicht angenommen werden kann, jedoch ist u. U. ein Bereicherungsanspruch gegeben.

Da in den weitaus häufigsten Fällen eindeutige Abmachungen der Eheleute über die rechtliche Einordnung ihrer Zusammenarbeit fehlen, ist, was recht schwierig sein kann, anhand der Gegebenheiten des einzelnen Falles diese Einordnung nachträglich vorzunehmen.

Als Abgrenzung gegenüber einer familienrechtlich begründeten Mitarbeit bietet sich als Kriterium die Üblichkeit i. S. von § 1356 II BGB an. Hält sich eine Mitarbeit im Rahmen dessen, was nach den Verhältnissen, in denen die Eheleute leben, "üblich" ist, so kann mangels entgegenstehender Abmachungen der Ehe-

1) Vgl. BGH LM Nr. 5 zu § 705 BGB; BGHZ 31, 201; BGH FamRZ 1961, 522; BGH FamRZ 1962, 110.

partner nur davon ausgegangen werden, daß die Arbeit auf dieser familienrechtlichen Grundlage geleistet wird ¹⁾, es also an dem für das Arbeitsverhältnis wesentlichen Merkmal der Freiwilligkeit der Übernahme der Arbeit fehlt. So wird denn auch in der Rechtsprechung weitgehend auf dieses Merkmal abgestellt: Zunächst wird untersucht, ob objektiv die Mitarbeit den Rahmen des § 1356 II BGB überschreitet, bevor Erörterungen angestellt werden, wie eine weitgehende Mitarbeit einzuordnen ist ²⁾. Nur in außergewöhnlich gelagerten Fällen, wenn etwa ein Ehegatte mit Sachmitteln oder Kapitalien an dem Betrieb, in dem er mitarbeitete, beteiligt war, wurde sie, ohne daß es darauf ankommt, ob sie den Rahmen des § 1356 II BGB überschreitet oder nicht, schuldrechtlich eingeordnet ³⁾. Gegen dieses in der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzungskriterium der Üblichkeit ist nun freilich eingewandt worden, es sei "eine solche Üblichkeit ein viel zu unbestimmter Begriff, als daß man daran solche Fragen knüpfen könnte, wie sie die Anerkennung eines Arbeitsverhältnisses darstellt" ⁴⁾. Es ist aber nicht ersichtlich, wie anders man die rechtliche Grundlage für die Zusammenarbeit von Ehegatten feststellen könnte. Solange die Ehegatten nicht selbst die Einordnung der Arbeit des einen von ihnen bei dem anderen vorgenommen oder erkennbar gemacht haben, muß man davon ausgehen, daß ihre Beziehungen in erster Linie an den Normen des Familienrechts zu messen sind. Der Begriff der Üblichkeit ist auch nicht so schwer faßbar, als daß nicht im Einzelfall doch recht überzeugend dargetan werden könnte, ob eine Arbeit sich in diesem Rahmen hielt oder nicht. Unbefriedigend und angreifbar ist in den meisten Fällen ⁵⁾ nicht die Feststellung der Üblichkeit der Arbeit, sondern die Folgerung, da es sich um nur übliche Mitarbeit gehandelt habe, welche ja durchaus ganztätig sein kann ⁶⁾, bestehe keinerlei Entgeltsanspruch. Löst man sich davon, Üblichkeit und Unentgeltlichkeit zu verbinden, so erscheint es nicht mehr unzweckmäßig, in der Üblichkeit der Arbeit ein Abgrenzungskriterium zwischen familienrechtlich und schuldrechtlich gestalteter Mitarbeit zu erblicken. Überschreitet die Mitarbeit den Rahmen des § 1356 II BGB, so ist damit jedoch noch keineswegs gesagt, daß die Ar-

-
- 1) Sommer, aaO, S. 15, 17; Spohr, aaO, S. 8 f.; Mayer-Maly, aaO, S. 53.
 - 2) Vgl. z.B. RGZ 133, 382; RGZ 158, 383; RAGE 23, 80 (85); BGHZ 8, 251 f.; BGH FamRZ 1963, 281; BGH RZW 1963, 502, 372.
 - 3) Vgl. BGH FamRZ 1962, 357 (358).
 - 4) Siebert, StBerJb. 1958/59, 209 (223); Mann, aaO, S. 44.
 - 5) Eine Ausnahme bildet der Fall RGZ 133, 381, wo der Begriff der Üblichkeit wohl zu weit ausgedehnt wird.
 - 6) Vgl. oben S. 17.

beit in einem Arbeitsverhältnis geleistet wird ¹⁾. Umgekehrt kann auch dann, wenn die Mitarbeit nicht über den Rahmen des Üblichen hinausgeht, bei entgegenstehenden eindeutigen Vereinbarungen der Ehegatten sehr wohl ein Arbeitsverhältnis vorliegen. Die Übernahme einer über das übliche Maß hinausgehenden Arbeit kann lediglich Ausdruck einer der ehelichen Verbundenheit entspringenden Gefälligkeit sein ²⁾. Anhaltspunkte für eine solche Gestaltung können Unregelmäßigkeit der Beteiligung an der Arbeit ³⁾ sein und insbesondere eine Stellung des mitarbeitenden Ehegatten, die sich von der, die ein fremder Arbeitnehmer in dem Geschäft einnehmen würde, ganz erheblich unterscheidet. Damit, daß man die Stellung des mitarbeitenden Ehegatten mit der eines anderen fremden Arbeitnehmers im Geschäft oder, falls ein solcher nicht vorhanden ist, mit der Stellung, die ein solcher Arbeitnehmer typischerweise einnehmen würde, vergleicht, ist überhaupt ein wesentliches Merkmal gewonnen für die Entscheidung, ob ein Ehegattenarbeitsverhältnis vorliegt oder nicht ⁴⁾. Dabei stören natürlich gewisse Abweichungen vom Status eines fremden Arbeitnehmers, die ganz natürlicher Ausdruck der außerdem bestehenden ehelichen Verbundenheit der Partner sind, nicht ⁵⁾. Unter diesem Gesichtspunkt der Vergleichbarkeit mit der Stellung eines fremden Arbeitnehmers wird man, insbesondere zur Abgrenzung zwischen einem Arbeitsverhältnis unter Ehegatten und einem Gesellschaftsverhältnis, fordern müssen, daß der im Betrieb tätige Ehegatte dem Weisungsrecht des anderen untersteht. Das bedeutet nun nicht, daß dem Ehegattenarbeitnehmer jede Handlung vorgeschrieben sein muß, nur muß die letzte Entscheidung in allen unternehmerischen Angelegenheiten dem Arbeitgeberehegatten vorbehalten bleiben. Verschiedene Tätigkeiten sind so typisch weisungsgebunden, etwa die der Sprechstundenhilfe ⁶⁾, der Sekretärin, die Arbeit einer selbst nicht fachkundigen Hilfskraft in einem Anwaltsbüro u. dgl. ⁷⁾, daß es keine Schwierigkeiten machen wird, wenn ein Ehegatte eine dieser Tätigkeiten ausübt, seine Arbeit als weisungsgebunden und abhängig i. S. des Arbeitsrechts zu qualifizieren. In anderen

-
- 1) Barth, Betrieb 1960, 1078, anders aber Monjau, Betrieb 1957, 822.
 - 2) Unzutreffend aber Mittelbach, Angehörige ..., aaO., S. 83 (Rz. 253, 254), sofern er meint, bei Fehlen eines ausdrücklichen Arbeitsvertrages erfolge jede Mitarbeit auf Grund § 1356 BGB.
 - 3) Vgl. Warnke, NZfA 1929, 101; Spohr, aaO, 47.
 - 4) Ebenso Felix, FR 1957, 151.
 - 5) So auch das von Theis, FR 1958, 573 referierte Urt. des FG Düsseldorf v. 15.10.1958, dem Theis zustimmt; vgl. auch Mittelbach, Angehörige ..., aaO, S. 63.
 - 6) Vgl. BGHZ 8, 255.
 - 7) Vgl. Felix, FR 1958, 154.

Fällen, etwa der Arbeit in einem Gastwirtsbetrieb, einer Bäckerei oder in einem Einzelhandelsgeschäft, muß im Einzelfall festgestellt werden, ob der Ehegatte an unternehmerischen Entscheidungen beteiligt war, was gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spricht, oder nicht.

III. LOHNABREDEN UND LOHNZAHLUNG IM EHEGATTENARBEITSVERHÄLTNIS

Können nun im Einzelfall alle oben beschriebenen Voraussetzungen vorliegen, so kann jedoch immer noch nicht die Feststellung, ob ein Ehegattenarbeitsverhältnis vorliegt, abschließend beantwortet werden. Denn es ist eine Mitarbeit, die über den Rahmen des Üblichen hinausgeht, bei der auch die Freiwilligkeit gegeben ist und von einem Ehegatten dieselbe abhängige Stellung eingenommen wird, die ein vergleichbarer fremder Arbeitnehmer inne hat, denkbar, die trotzdem nach den Vorstellungen der Eheleute nicht als innerhalb eines Arbeitsverhältnisses geleistet anzusehen ist. Das äußere Bild der Arbeit mag in solchen Fällen, in denen die Eheleute gleichwohl nicht in schuldrechtliche Beziehungen zueinander treten wollten, insofern das gleiche sein, wie dann, wenn ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Nicht zuletzt wegen dieser äußeren Gleichartigkeit fordert der Bundesfinanzhof mit besonderer Strenge, daß, soll ein Ehegattenarbeitsverhältnis anerkannt werden, eine regelmäßige Lohnzahlung nachgewiesen werden muß¹⁾. Dem Bundesfinanzhof ist zumindest insoweit zu folgen, als zur Feststellung eines Ehegattenarbeitsverhältnisses erforderlich ist, daß auf einen übereinstimmenden Willen der Ehegatten, die Arbeit des einen Ehegatten bei dem anderen solle entlohnt werden, geschlossen werden kann. Nur so kann eine überzeugende Abgrenzung zu einer rein familienrechtlich begründeten (gefälligkeitshalber geleisteten) Tätigkeit gefunden werden. Allerdings wird man der besonders strengen Forderung des Bundesfinanzhofes, regelmäßig müsse Lohn gezahlt werden, nicht folgen, mag ihre steuerrechtliche Berechtigung hier auch dahingestellt bleiben. Hier ist darauf zu verweisen, daß unter Ehegatten die Sachlage durchaus so sein kann, daß eine regelmäßige Lohnzahlung nicht erfolgt, weil "die Ehegatten während bestehender Ehe im allgemeinen auf eine gegenseitige Abrechnung keinen Wert legen"²⁾. Es mag durchaus so sein, daß die Ehegatten übereinstimmen, daß die Arbeit zwar entlohnt werden soll, über die Lohnhöhe aber nichts vereinbaren. Darüber ist

1) Vgl. BFHE 75, 319 (322); BFHE 78, 335 ff.; BFH HFR 1963 Nr. 9, 49, 279.

2) BGHZ 8, 253.

dann gemäß § 612 II BGB zu befinden^{1) 2)}. Oft ist es auch so, daß nach der Vorstellung der Eheleute die Abrechnung erst bei Auflösung der Ehe vollzogen werden soll. Insbesondere ist es unter Ehegatten denkbar, daß eine außergewöhnliche, unübliche Vergütungsabrede getroffen wird. So spricht es nicht gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, wird nur abhängige Arbeit geleistet, wenn festgestellt werden kann, daß nicht ein fester Lohn, sondern eine Erfolgsvergütung als Entgelt bezahlt werden soll³⁾. Ob ein Arbeitsverhältnis oder ein Gesellschaftsverhältnis zwischen den Ehepartnern vorliegt, bestimmt sich danach nicht nach der Form der Vergütung, sondern nach der Art der geleisteten Arbeit⁴⁾. Die Lohnform der Erfolgsvergütung⁵⁾ würde gerade auch bei einem Ehegattenarbeitsverhältnis "der Schicksalsgemeinschaft, in der die Ehegatten zueinander stehen, ... sinnfälligen Ausdruck" geben⁶⁾.

Eine weitere ungewöhnliche Form der Vergütung ist, daß gearbeitet wird in der Erwartung, die Tätigkeit werde ihren Lohn in der Zukunft finden. Die Rechtsprechung hat sich mit solchen Vergütungsabreden, freilich nicht unter Ehegatten, wiederholt zu beschäftigen gehabt. Es handelt sich um Fälle, in denen gearbeitet wurde in der Annahme, die Arbeit werde ihren Lohn in einer Erbeinsetzung erfahren⁷⁾, oder die Braut arbeitete im Geschäft der Schwiegereltern in der Erwartung, nach geschehener Eheschließung mit ihrem Verlobten das Geschäft zu übernehmen⁸⁾. Das Reichsarbeitsgericht gewährte, wenn die Vergütungserwartung fehlgegangen war, die Erbeinsetzung oder versprochene Zuwendung wegen Sinnesänderung des-

-
- 1) Kritisch zu der Behandlung des § 612 II BGB in der Rechtsprechung des BFH zu Ehegattenarbeitsverhältnissen Wacke, aaO, S. 59 ff.
 - 2) Der Lohnanspruch besteht dann grundsätzlich auch für die gesamte Arbeitsleistung, nicht nur für den Teil, den ein Ehegatte über die familienrechtliche Verpflichtung hinaus erbringt; so aber Hackert, aaO, S. 31 und wohl auch Jacobi, Grundlehren..., S. 55 f., die dabei davon ausgehen, über Arbeiten im Rahmen des § 1356 II könne ein Arbeitsvertrag nicht abgeschlossen werden.
 - 3) Vgl. A. Hueck, RdA 1953, 354.
 - 4) So Hueck, RdA 1953, 353 (354).
 - 5) Vgl. näher Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, I. Bd., 7. Aufl., S. 302 ff.
 - 6) Vgl. BGHZ 8, 249 (253).
 - 7) Vgl. RAGE 22, 24; RAG ARS 36, 287; BAG AP, Nr. 15 zu § 612 BGB; BAG AP, Nr. 20 zu § 612 BGB = NJW 1963, 2188 = MDR 1963, 1043; BAG AP, Nr. 2 zu § 146 KO; LAG Leipzig ARS 38, (LAG) 145 und auch BGH FamRZ 1965, 317 (319).
 - 8) BAG AP, Nr. 13 zu § 612 BGB.

sen, dem die Dienste geleistet worden waren, ausgeblieben ¹⁾ oder die letztwillige Verfügung, in der der Dienstleistende bedacht worden war, nichtig war ²⁾, lediglich einen Bereicherungsanspruch ³⁾. Das Bundesarbeitsgericht und, ihm folgend, der Bundesgerichtshof wenden dagegen mit überwiegender Zustimmung in der Literatur ⁴⁾ bei einem Arbeitsverhältnis § 612 BGB an, wenn die Vergütungserwartung enttäuscht wird ⁵⁾. Die entgegenstehende Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts wurde ausdrücklich aufgegeben ⁶⁾.

Die Berücksichtigung dieser Rechtsprechung des BGH und BAG auch für Arbeitsverhältnisse unter Ehegatten bedeutet, daß solche Arbeitsverhältnisse entgegen den vom Bundesfinanzhof aufgestellten Anforderungen nicht nur dann vorliegen können, wenn eine regelmäßige Zahlung der Vergütung erfolgt. Die Ehegatten können ausdrücklich oder auch stillschweigend vereinbaren, daß die Arbeit des einen ihren Lohn durch Empfang des gesetzlichen Erbteils oder einer darüber hinausgehenden testamentarischen Zuwendung finden solle. Denkbar ist auch, daß der Ausgleich in der Teilhabe des arbeitenden Ehegatten an dem gehobenen Lebensstandard gesehen wurde, denn die Vergütungserwägungen können besonderer, ja ungewöhnlicher Art sein ⁷⁾. Diese Vergütungserwartungen können nun enttäuscht werden etwa

-
- 1) Vgl. RAGE 22, 24; BAG AP, Nr. 13 und 20 zu § 612 BGB; BAG AP, Nr. 2 zu § 146 KO; BGH FamRZ 1965, 317 (318 f.).
 - 2) Vgl. BAG AP, Nr. 15 zu § 612 BGB; LAG Leipzig ARS 38, (LAG) 145.
 - 3) Vgl. RAGE 22, 24; RAG ARS 36, 287.
 - 4) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 1. Bd., 7. Aufl., S. 264; Nikisch, Lehrbuch, 1. Bd., 3. Aufl., S. 327; Hueck, Anmerkungen zu BAG AP, Nr. 13, 15 und 20 zu § 612 BGB; ders. schon Anm. zu LAG Augsburg, ARS 35, (LAG) 75 (79 f.); Herschel, SAE 1961, 70 als Anm. zu BAG AP, Nr. 15 zu § 612 BGB; kritischer F. Weber, Anm. zu AP, Nr. 2 zu § 146 KO; a. A. wohl Ramm, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, S. 11.
 - 5) BAG AP, Nr. 13, 15 und 20 zu § 612 BGB; BAG AP, Nr. 2 zu § 146 KO; BGH FamRZ 1965, 317 (319). Das RAG (ARS 36, 162) hatte bereits aus § 612 BGB eine Vergütung gewährt für "Leistungen, die im Vorstadium eines beabsichtigten Anstellungs- oder Gesellschaftsvertrages zunächst unentgeltlich (erfolgten), wenn es zu dem beabsichtigten Vertrag nicht kam". Ebenso wandte das LAG Leipzig (ARS 38, (LAG) 145 (147)) in einem Falle, in dem das Testament ungültig war, § 612 an. Vgl. auch LAG Augsburg (ARS 35, (LAG) 75) mit Anm. Hueck (aaO, S. 72 f.), die Vorinstanz zu RAGE 22, 24.
 - 6) BAG AP, Nr. 20 zu § 612 BGB; BGH FamRZ 1965, 317 (319).
 - 7) Vgl. auch BAG AP, Nr. 13 zu § 612 BGB unter c); Hueck, Anm. ebda.

dadurch, daß es zur Scheidung der Ehe kommt, der wohl wichtigste Fall, oder der arbeitende Ehegatte durch den anderen enterbt wird oder die versprochene Erbeinsetzung wegen Nichtigkeit der testamentarischen Verfügung mißlingt. In solchen Fällen ist bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses eine Vergütung gem. § 612 BGB zu gewähren.

So sicher die Entscheidung, ob zwischen Ehegatten ein Arbeitsverhältnis vorliegt, nicht getroffen werden kann, ohne daß die Entgeltfrage mit in die Untersuchung einbezogen wird, so kann doch gerade die "Entgeltfrage" in der eben beschriebenen Weise außerhalb eines Arbeitsverhältnisses ebenso geregelt sein. Auch wenn die Arbeit auf familienrechtlicher Grundlage oder gefälligkeitshalber geleistet wird, kann sie in der Erwartung erbracht werden, sie werde ihren "Lohn" in der Zukunft finden: durch Empfang des Erteils, testamentarische Zuwendung oder Teilhabe am erhöhten Lebensstandard ¹⁾. Es ist nämlich sowohl bei familienrechtlich begründeter Mitarbeit als auch bei der Dienstleistung auf Grund eines Arbeitsverhältnisses möglich, "daß eine spätere Vergütung ... vorgesehen wird" ²⁾. Geht diese vereinbarte Vergütungserwartung fehl, so zeigen sich Unterschiede, je nachdem, ob die Vereinbarung als Lohnabrede innerhalb eines Arbeitsverhältnisses anzusehen ist oder die Dienstleistung in der erkennbaren Erwartung einer späteren Vergütung auf nicht-vertraglicher Grundlage erbracht wurde. Während bei einem Arbeitsverhältnis dann der Lohn aus § 612 BGB geschuldet ist, entsteht im letzteren Fall lediglich ein Bereicherungsanspruch gemäß § 812 I S. 2, 2. Halbsatz BGB ³⁾. Da sich einfache Mitarbeit und Arbeit innerhalb eines Arbeitsverhältnisses ihrem äußeren Bilde nach sehr oft gleichen und auch die Vergütungserwägungen ähnlich sein können, läßt sich im Einzelfall nur sehr schwer feststellen ⁴⁾, ob diese Vereinbarung künftiger Vergütung eine Zweckvereinbarung i. S. von § 812 I S. 2, 2. Halbsatz BGB ⁵⁾ darstellt oder Lohnabrede in einem Arbeitsverhältnis ist. Zur Unterscheidung wird man darauf abstellen müssen, ob der erwarteten Erbeteiligung oder Teilnahme am erhöhten Lebensstandard eine echte Gegenleistungsfunktion zukommen sollte oder nicht. Wurde gearbeitet, um diese Art der Gegenleistung zu erlangen, in der Absicht auf Erlangung dieses Entgelts ⁶⁾, so würde die Erbeteiligung oder Teilnahme am erhöhten Lebensstandard eine echte Gegenleistung für die Dienste darstellen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses. Eine

1) Vgl. RGZ 158, 383; RAGE 23, 80 (91).

2) BGH FamRZ 1965, 317 (318) hinsichtlich der Tätigkeit eines Haussohnes.

3) BGH FamRZ 1965, 317 (319).

4) Auf die Schwierigkeit der Unterscheidung weist auch Staudinger-Seufert, Bem. 43 zu § 812 BGB hin.

5) Dazu näher oben S. 39 ff.

6) Vgl. RGZ 158, 383.

Zweckvereinbarung i. S. von § 812 I S. 2, 2. Halbs. BGB läge dann nicht vor, da ein solcher Zweck nicht in der Erlangung der Gegenleistung bestehen kann¹⁾. Wurden dagegen lediglich gefälligkeitshalber Dienste geleistet, für die zwar keine Entlohnung im eigentlichen Sinne erwartet wurde, die aber doch nur erbracht wurden im Hinblick auf Beteiligung am Nachlaß oder erhöhten Lebensstandard, so liegt eine bloße Zweckvereinbarung i. S. von § 812 I S. 2, 2. Halbs. BGB vor. Unter Ehegatten wird im Zweifel angesichts der Unüblichkeit einer echten Lohnabrede in Form von Nachlaß- oder Lebensstandardbeteiligung wohl oft nur eine bloße Zweckvereinbarung vorliegen.

War die Nachlaßbeteiligung oder der Genuß an einem erhöhten Lebensstandard als Gegenleistung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses vereinbart, und ist diese Vergütungsabrede fehlgegangen, so ist, wie beschrieben, der Lohn gemäß § 612 I BGB zu gewähren. Die Höhe der Vergütung würde sich alsdann nach § 612 II BGB bestimmen²⁾. Grundsätzlich kann dabei auf die mißlungene Vergütungsabrede als Maßstab für die Höhe der Vergütung nicht zurückgegriffen werden; denn bei der Anwendung von § 612 BGB handelt es sich nicht um eine "Umdeutung des Vertragswillens (§ 140 BGB), ... vielmehr ... um die gesetzliche Ausfüllung einer Vertragslücke"³⁾. § 612 II BGB, der als Bemessungsgrundlage die taxmäßige oder übliche Vergütung nennt, läßt wenigstens nach seinem Wortlaut für eine Berücksichtigung der Höhe etwa des entgangenen Erbteils keinen Raum. Das kann uneingeschränkt aber nur gelten, wenn das in Aussicht gestellte Erbteil höher gewesen wäre als der Betrag, der nach § 612 II BGB zu gewähren ist. Andernfalls würde die durch § 2302 BGB angeordnete Nichtigkeit umgangen. Auch wenn Vergütungserwartung der Erhalt des gesetzlichen Erbteils oder die Teilhabe am ehelichen Lebensstandard war und diese Erwartung durch Scheidung enttäuscht wird, kann nicht über § 612 II BGB der geschiedene Arbeitnehmerehegatte so gestellt werden, als ob die Ehe fortbestände. In solchen Fällen ist anzunehmen, daß die erwartete Zuwendung nicht nur Vergütungsfunktion haben sollte. Anders muß jedoch entschieden werden, wenn die gemäß § 612 II BGB festzusetzende Vergütung über dem läge, was dem arbeitenden Ehegatten nach dem vorgestellten Ausgleich zugekommen wäre. Denn in einem solchen Falle muß davon ausgegangen werden, daß die Ehegatten mit Rücksicht auf ihr eheliches Verhältnis eine geringere, als die "taxmäßige oder übliche" Vergütung vorsahen. Dem muß auch dann Rechnung getragen werden, wenn es zu der erwarteten Vergütung nicht kommt. Es wäre ein recht ungereimtes Ergeb-

1) Staudinger-Seufert, Bem. 43 zu § 812; Soergel-Siebert, Bem. 141 zu § 812; Zeiss, NJW 1963, 210.

2) Vgl. BAG AP, Nr. 13 und 20 zu § 612; BGH FamRZ 1965, 317 (319).

3) Herschel, SAE 1961, 70.

nis, wenn man bei der Beurteilung der Frage, ob überhaupt die Leistung der Arbeit nur gegen Vergütung zu erwarten war (§ 612 I BGB), die ehelichen Beziehungen berücksichtigen müßte¹⁾, diese Tatsache aber bei der nach § 612 II BGB zu ermittelnden Höhe der Vergütung außer acht zu lassen hätte. Dies würde auf ein ungerechtfertigtes Alles-oder-nichts hinauslaufen. Deshalb wird man, obwohl, was zuzugeben ist, der Wortlaut des § 612 II BGB dagegen zu sprechen scheint, auch im Rahmen des § 612 II BGB das eheliche Verhältnis der Partner des Arbeitsverhältnisses berücksichtigen dürfen²⁾, wenn auf Grund der in Aussicht genommenen Vergütung der Wille der Eheleute festgestellt werden kann, die Arbeit solle gegen eine geringere als die übliche Vergütung geleistet werden³⁾.

Liegt zwischen Ehegatten ein Arbeitsverhältnis vor, so fragt sich, ob gegebenenfalls der Tariflohn gezahlt werden muß. In den meisten Fällen wird sich dieses Problem allerdings nicht stellen, weil die Ehegatten gewöhnlich nicht Angehörige einer Tarifvertragspartei sein werden⁴⁾ und ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag nicht besteht. Sind die Ehegatten aber ausnahmsweise doch aus einem dieser Gründe tarifgebunden, so wird recht einhellig angenommen, auch im Arbeitsverhältnis unter Ehegatten sei alsdann der Tariflohn zu zahlen⁵⁾.

Daraus, daß, wenn Tarifbindung besteht, der Tariflohn unabdingbar ist, können sich jedoch gerade unter Eheleuten erhebliche Unzuträglichkeiten ergeben. Man denke nur daran, die Eheleute hätten eine Erfolgsvergütung vereinbart. Soll der Arbeitgeberehegatte dann trotzdem gezwungen sein, den Tariflohn zu zahlen?

In den meisten Fällen wird nachträglich, nachdem gearbeitet worden ist, ein Vergütungsanspruch gestellt werden. Aus der Tatsache, daß, unter Umständen jahrelang, Ansprüche nicht geltend gemacht wurden, läßt sich ableiten, daß der Ar-

1) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Bem. 7 zu § 612; Soergel-Siebert, Bem. 1 zu § 612.

2) Für eine Berücksichtigung des besonderen Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Rahmen des § 612 II BGB auch Hiersemann, SAE 1961, 72 f. gegen BAG AP, Nr. 13 zu § 612 = SAE 1961, 71, insoweit dort nicht abgedruckt. Vgl. auch schon Auerswald, ArbGer. 1929, 37; Paulick, FamRZ 1955, 28.

3) Vgl. auch Herschel, SAE 1961, 70, der für eine Berücksichtigung der Höhe der nicht zustandegekommenen Vergütung eintritt, allerdings nur, soweit der übliche Lohn nicht ermittelt werden kann, was heute wohl kaum mehr der Fall sein dürfte (vgl. Barth, Betrieb 1961, 1237).

4) Vgl. auch Franke, RArbBl. II 1933, 490 (491).

5) Vgl. RAG ARS 9, 510; 13, 468 (470); OLG Kiel JW 1930, 418; Goerrig, JW 1931, 2595 (2596); Leuze/Ott, FamRZ 1965, 15 (25).

beitnehmerehegatte auf eine Vergütung nach dem Tariflohn verzichtet hat. Ein solcher Verzicht im Augenblick der Fälligkeit, also für die Vergangenheit, war nach weit verbreiteter Meinung unter der Herrschaft der TarifVO, also in der Zeit nach dem ersten Weltkrieg, zulässig ¹⁾, da § 1 TarifVO die Bindung nur für die Zukunft, nicht für die Vergangenheit statuierte.

Bereits 1924 wandte sich allerdings Nipperdey ²⁾ gegen diese Umgehung der Unabdingbarkeit. Die Anerkennung eines Verzichtsvertrages bedeute die "Legalisierung eines Schleichweges", § 1 TarifVO wolle "schlechthin" die rechtliche Ermöglichung einer tarifwidrigen "Bezahlung" verhindern ³⁾. Erst aber mit der Ersetzung der Tarifverträge durch Tarifordnungen unter der Herrschaft des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) vom 20. 1. 1934 wurde auch vom Reichsarbeitsgericht der Tariflohnverzicht während der Dauer des Arbeitsverhältnisses als unwirksam betrachtet ⁴⁾. Nunmehr ist gemäß § 4 Abs. 4 Tarifvertragsgesetz ein Verzicht auch auf entstandene tarifliche Rechte nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich möglich. Während etwa die Bestimmung des § 4 II BetrVerfG, die gewisse Familienangehörige nicht als Arbeitnehmer i. S. dieses Gesetzes ansieht, unschwer auch auf den Ehegatten ausgedehnt werden kann ⁵⁾, fehlen im Tarifvertragsrecht entsprechende Anhaltspunkte, Ehegatten von der Unabdingbarkeit auszunehmen. Nur mit Bedenken ließe sich die Geltung des § 4 Tarifvertragsgesetz der "Natur der Sache" ⁶⁾ bei Ehegattenarbeitsverhältnissen für ausgeschlossen erachten. Denn gleichermaßen können in anderen Fällen, in denen die Parteien sich aus "guten wirtschaftlichen Gründen auf andere Bedingungen einigen", sie "dies nicht tun", vielmehr wird der Arbeitnehmer auch dann "vor sich selbst geschützt" ⁷⁾. So

-
- 1) RAG ARS 9, 510 mit Anm. Hueck, ebda. S. 516; RAG ARS 13, 468 (470); OLG Kiel, JW 1930, 418 (419); Franke, RArbBl. II 1933, 490 (493). Weitere zahlreiche Nachweise bei Hueck-Nipperdey, Bd. 2, 1. u. 2. Aufl. (1930), S. 230.
 - 2) Beiträge zum Tariffrecht (1924), 18 ff.
 - 3) So Nipperdey in Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 2, 1. u. 2. Aufl. (1930), 245 f.
 - 4) Näheres bei Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Bem. 115 zu § 4 TVG; Nikisch, Lehrbuch, 2. Bd., 2. Aufl., S. 456 ff.
 - 5) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Neumann, Bem. 7 a.E. zu § 611.
 - 6) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 1. Bd., 7. Aufl., S. 54, sprechen davon, daß manche Vorschriften des Arbeitsrechts der Natur der Sache nach keine Anwendung auf Ehegatten-Arbeitnehmer fänden, ohne diese aber genauer zu bezeichnen.
 - 7) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Bem. 121 zu § 4 TVG, betonen, die Vorstellung des Schutzes des Arbeitnehmers auch in solchen Fällen sei "außerordentlich schwer zur Gemeinüberzeugung zu machen." "Trotzdem (sei) die Gewinnung dieser Überzeugung nach wie vor eine dringende Notwendigkeit, wenn wir nicht geradezu die Grundlagen des deutschen kollektiven Arbeitsrechts preisgeben (wollten)."

wird es dabei bleiben, daß auch zwischen Ehegatten rechtlich Tarifverzicht nicht möglich sind. Doch ist die Tarifgebundenheit, die ohnehin nur in **seltenen** Fällen gegeben sein wird, nicht eine "absurde Konsequenz" der Anerkennung von Ehegattenarbeitsverhältnissen ¹⁾. Liegt ein ausdrücklich abgeschlossener Arbeitsvertrag zwischen beiderseits tarifgebundenen Eheleuten vor, so läßt sich schon deshalb kaum etwas gegen diese "Konsequenz" einwenden, weil mit großer Wahrscheinlichkeit die Eheleute diese Konsequenzen gerade übersahen. Haben sie dann trotzdem eine (niedrigere) Erfolgsvergütung vereinbart, so befinden sie sich im Streitfall - nur dann kann sich ja die Strenge des Tarifvertragsgesetzes auswirken - in derselben Lage wie andere Parteien, die aus "guten wirtschaftlichen Gründen" abweichende Vereinbarungen getroffen haben ²⁾. Ihre Vereinbarung ist nichtig, es sei denn, sie schlossen einen Vergleichsverzicht unter Zustimmung der Tarifvertragsparteien. Liegt eine ausdrückliche arbeitsvertragliche Abmachung zwischen den Eheleuten nicht vor, so ist bei der rechtlichen Einordnung ihrer tatsächlichen Arbeitsbeziehungen, auch die etwaige Tarifgebundenheit zu berücksichtigen. Es muß gefragt werden, ob auch unter dieser Voraussetzung die Arbeit des einen Ehegatten bei dem anderen als in einem Arbeitsverhältnis geleistet anzusehen ist. Besteht Tarifbindung so ist wenigstens der im Tarifvertrag festgelegte Lohn zu zahlen. Aber auch in den - zahlreicheren - Fällen, in denen die Ehegatten nicht tarifgebunden sind, ist die nach § 612 II BGB geschuldete "übliche" Vergütung in aller Regel ohnehin anhand der Tariflöhne zu bestimmen, da heute auch die tarifgebundenen Arbeitnehmer nach diesen Sätzen bezahlt zu werden pflegen. Freilich ist nur im letzteren Fall für die Berücksichtigung des Ehebandes der Parteien Raum ³⁾.

Schließlich ergibt sich bei einem Ehegattenarbeitsverhältnis noch eine Besonderheit hinsichtlich der Geltendmachung des Lohnanspruchs. Würde der Arbeitnehmerehegatte Ansprüche zur "Unzeit" erheben, so kann dies einen Verstoß gegen seine eheliche Pflicht aus § 1353 I BGB darstellen ⁴⁾. Befindet sich der Arbeitgeberehegatte gerade in einer äußerst gespannten finanziellen Lage, so ist von seinem Ehegatten auch bei der Geltendmachung schuldrechtlicher Ansprüche eine ehегemäße Rücksichtnahme zu verlangen. Von einem Ehegatten muß in dieser Hinsicht auch mehr gefordert werden als von einem fremden Arbeitnehmer, wes-

1) So aber Nikisch, Lehrbuch, 1. Bd., 3. Aufl., S. 111. Gegen ihn auch Leuze/Ott, FamRZ 1965, 25.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Bem. 121 zu § 4 TVG.

3) Vgl. oben S. 91.

4) Vgl. Staudinger-Hübner, Vorbem. 27 vor § 1353; Leuze/Ott, FamRZ 1965, 15 (25); zu weitgehend aber in der Annahme der Ehewidrigkeit Hartz, Betrieb 1957, 1210.

halb es nicht angängig ist, darauf abzustellen, ob ein fremder Arbeitnehmer in einer solchen Lage sich mit einer vorübergehenden Stundung einverstanden erklärt hätte ¹⁾.

Unter den eben beschriebenen Verhältnissen wird häufig effektiv ein Zahlungsanspruch gar nicht bestehen. Es ist hier nämlich, wie auch in allen anderen Fällen, die Unterhaltsverpflichtung des an sich anspruchsberechtigten Ehegatten zu berücksichtigen. "Als schon erhaltene Abgeltung" können sowohl der Unterhalt, der dem anspruchsberechtigten Ehegatten gewährt worden ist, als auch Beträge in dem Umfang, in dem er seinem Ehegatten oder Kindern unterhaltspflichtig gewesen wäre, abgezogen werden ²⁾.

IV. DIE BEENDIGUNG EINES ARBEITSVERHÄLTNISSES UNTER EHEGATTEN

1. DIE FREIE LÖSBARKEIT BEI FAKTISCHEN ARBEITSVERHÄLTNISSEN UND IHRE EINSCHRÄNKUNGEN

Ist eine Verpflichtung zur Leistung von Arbeiten nicht eingegangen, besteht also lediglich ein faktisches Arbeitsverhältnis zwischen Ehegatten, so ist das Arbeitsverhältnis jederzeit von jeder Seite aus lösbar ³⁾. Dieses Ergebnis ist gerade im Hinblick auf die Zusammenarbeit von Ehegatten auch sachgerecht. Ehegatten können zwar sehr wohl geneigt sein, ihre Zusammenarbeit auf eine schuldrechtliche Grundlage zu stellen, doch wird der Gedanke, dabei eine Bindung einzugehen derart, daß eine Lösung erst durch Kündigung herbeigeführt werden könne, ihnen fernliegen. Freilich könnte man daran denken, daß die Ehegatten einen jederzeit frei lösbaren Arbeitsvertrag abgeschlossen haben. Man wird aber einen entsprechenden zum Ausdruck gekommenen Vertragswillen in den seltensten Fällen feststellen können.

Es drängt sich jedoch auch bei Annahme grundsätzlich freier Lösbarkeit des Arbeitsverhältnisses die Frage auf, ob nicht eine gewisse Beschränkung insbesondere auch

-
- 1) So aber bezüglich der steuerlichen Anerkennung von Ehegattenarbeitsverhältnissen der BFH HFR 1963 Nr. 279 und BFHE 78, 335 (337).
 - 2) Vgl. RAG ARS 47, 38; Boehmer, MDR 1950, 388; Groß, RdA 1952, 180.
 - 3) Nikisch, Lehrbuch, 1. Bd., 3. Aufl., S. 174 f.; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 1. Bd., 7. Aufl., S. 125, 188, 190 f.

im Hinblick auf die eheliche Verbundenheit der Partner angezeigt erscheint in Fällen, wo die plötzliche Lösung einen Partner besonders hart treffen würde. So würde der durch die Arbeitsleistungen begünstigte Ehegatte etwa in Zeiten von Arbeitskräftemangel besonders schwer dadurch beeinträchtigt werden, daß der andere Ehegatte von einem Tag auf den anderen seine Arbeit einstellt. Dabei kann es im Einzelfall kein vollwertiger Ersatz für ihn sein, daß er nunmehr die gesetzliche Mitarbeitspflichtung gem. § 1356 II BGB geltend machen kann, nämlich dann, wenn der andere Ehegatte weit über das Maß, das auf Grund von § 1356 II BGB von ihm verlangt werden darf, tätig geworden ist. Aber gerade daß § 1356 II BGB möglicherweise nur ein Weniger an Arbeit von ihm fordert, zeigt deutlich, daß er nicht unter Hinweis auf seine eheliche Verbundenheit mit dem Arbeitgeberehegatten an seiner bisherigen umfangreicheren Arbeit festgehalten werden kann. Nur wenn gleichzeitig in der plötzlichen Einstellung der Arbeit eine Schikane (§ 226 BGB) oder eine vorsätzliche sittenwidrige Schadenszufügung (§ 826 BGB) liegen sollte, in welchem Falle auch es einem fremden Arbeitnehmer verwehrt wäre, die Arbeit unter Hinweis auf das Fehlen einer vertraglichen Arbeitsverpflichtung einzustellen¹⁾, muß auch der Ehegattenarbeitsnehmer seine Arbeit fortsetzen. Allerdings kann eine solche Situation niemals zur Fortsetzung der Arbeit über den Termin der ordentlichen Kündigung hinaus führen.

Auch der Arbeitnehmerehegatte kann dann, wenn der andere Ehegatte von seinem ihm zustehenden Recht der jederzeitigen Lösung des Arbeitsverhältnisses Gebrauch macht, schwer betroffen werden. Anders auch als dem Arbeitgeberehegatten, steht ihm keine Möglichkeit offen, auf familienrechtliche Berechtigungen auszuweichen, da ein Recht auf Mitarbeit grundsätzlich nicht besteht²⁾. Man könnte nun im Anschluß an eine Entscheidung des BGH³⁾ daran denken, dem Arbeitgeberehegatten die Lösung des Ehegattenarbeitsverhältnisses dann zu verwehren, wenn die Entfernung aus der Mitarbeit einen rechtsmißbräuchlichen Eingriff in den räumlich-gegenständlichen Bereich des anderen Ehegatten darstellte. Obwohl der BGH in der erwähnten Entscheidung zum Ausdruck bringt, der Ehemann könne seiner Frau die Mitarbeit nicht verbieten unabhängig von der rechtlichen Gestaltung der Inhaberverhältnisse an dem Betrieb, um seine Geliebte ungestört

1) Zu dieser Frage finden sich ausdrückliche Äußerungen in Literatur und Rechtsprechung ersichtlich nicht. Es ist aber wohl nicht zu verkennen, daß zumal bei langjähriger Arbeit etwa auf Grund nichtigen Vertrages sehr wohl außergewöhnliche Situationen denkbar sind, in denen die an sich mögliche jederzeitige Lösung Schikane oder Verstoß gegen die guten Sitten darstellt.

2) S. oben S. 72.

3) JZ 1961, 577 mit Anm. Müller-Freienfels.

beschäftigen zu können, verwehrt er dem Ehemann darüber hinaus auch die Ausübung seiner gesellschaftsrechtlichen Befugnisse, wenn es sein eigentliches damit verbundenes Ziel sei, die Ehefrau aus dem Geschäft zu entfernen. Zur Verhinderung dieses Zieles erscheint es aber nicht erforderlich, einem Ehegatten seine schuldrechtlichen Befugnisse, in den hier interessierenden Fällen also die jederzeitige Lösung eines Arbeitsverhältnisses, zu nehmen ¹⁾, denn eine etwa familienrechtlich begründete Mitarbeit darf dem Ehegatten in solchen Fällen - ausnahmsweise - nicht verwehrt werden. Die jederzeitige Lösung eines Ehegattenarbeitsverhältnisses ist also nicht beschränkt, wenn auf Grund des Schutzes des räumlich-gegenständlichen Bereichs eines Ehegatten dieser Ehegatte auf Grund Familienrechts weiter zur Mitarbeit zugelassen werden muß.

2. DIE KÜNDIGUNG BEIM EHEGATTENARBEITSVERHÄLTNIS

a) die außerordentliche Kündigung

Liegt der Tätigkeit des einen Ehegatten bei dem anderen nicht lediglich ein faktisches, sondern ein vertragliches Arbeitsverhältnis mit der Verpflichtung zur Arbeitsleistung zu Grunde, so ist die Lösung desselben auch unter Ehegatten nur im Wege der Kündigung möglich ²⁾. Begeben sich Ehegatten in der Gestaltung ihrer Beziehungen auf den Boden des Schuldrechts, so haben sie damit von vornherein kundgetan, daß in dieser Hinsicht für ihr Verhältnis untereinander auch dessen Regelungen gelten sollen. Grundsätzlich sind ihre persönlichen (familienrechtlichen) und arbeitsrechtlichen Beziehungen auseinanderzuhalten ³⁾. Das bedeutet, daß insbesondere die gesetzlichen Kündigungsregeln der §§ 620 ff. BGB, 66 ff. HGB, §§ 122 ff., 133a ff. GewO auch auf Ehegattenarbeitsverhältnisse Anwendung finden.

Insbesondere bei der Frage, ob ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vorliegt, müssen sich aber Besonderheiten aus dem Vorhandensein der ehelichen Verbindung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer ergeben. Der Begriff des "wichtigen Grundes" als eines Umstandes, bei dessen Vorliegen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses oder die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist einem Vertragsteil nicht zugemutet werden kann ⁴⁾, ist auch weit genug,

1) Vgl. auch Müller-Freienfels in der Kritik am Urteil des BGH in JZ 1961, 580.

2) Vgl. Leuze/Ott, FamRZ 1965, 15 (25).

3) Vgl. auch BGH, JZ 1961, 577 (579).

4) So RAG ARS 17, 476; Erman-Küchenhoff, Anm. 10a zu § 626 BGB.

um dem Tatbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft Berücksichtigung zu gewähren¹⁾. Die Vielzahl der möglichen Einwirkungen des ehelichen Bandes der Parteien läßt eine allgemeine Behandlung nicht zu. Beispielhaftes muß genügen:

Der Arbeitnehmerehegatte wird etwa einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung dann haben, wenn der Arbeitgeberhegatte seine(n) Geliebte(n) in den Betrieb aufnimmt oder wenn die eheliche Gemeinschaft aufgehoben wird oder ihm - auch außerhalb des Betriebes - durch den Arbeitgeberhegatten eine Eheverfehlung darstellende schwere Kränkung zugefügt wird. Auch in Fällen, in denen den Arbeitnehmerehegatten dringende häusliche Verpflichtungen, etwa gegenüber Kindern, obliegen, kann für den mitarbeitenden Ehegatten eine Fortsetzung der Arbeitsleistungen bis zu dem oft recht weitliegenden Termin der ordentlichen Kündigung u. U. nicht zumutbar sein.

In solchen und ähnlichen Fällen muß dem Arbeitnehmerehegatten das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund gewährt werden. Allerdings wird dies, wenn überhaupt, in der Wirklichkeit nur ganz selten erforderlich sein, weil in aller Regel bei Vorliegen der genannten Umstände eine einverständliche Lösung des Arbeitsverhältnisses erreicht werden wird.

Andererseits sind aber auch Fälle denkbar, in denen einem fremden Arbeitnehmer das Festhalten am Arbeitsverhältnis nicht zuzumuten wäre, von einem Arbeitnehmerehegatten aus erhöhter Rücksicht auf seinen Partner und eheliche Solidarität die Weiterarbeit aber verlangt werden kann. Der Ehegatte wird etwa eine unter vier Augen ausgesprochene scharfe, vielleicht sogar beleidigende Vorhaltung seines Partners nicht zum Anlaß einer außerordentlichen Kündigung nehmen können, wenn er ein leicht aufbrausendes, aber nicht ernstlich aus schlechter Gesinnung entspringendes Verhalten seines Partners kennt. Insbesondere wird es für den Arbeitnehmerehegatten kein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung sein, wenn der Arbeitgeberhegatte aus finanzieller Bedrängnis den vereinbarten Lohn nicht rechtzeitig zahlen kann. Hier kann vom Arbeitnehmerehegatten, im Gegensatz zu einem fremden Arbeitnehmer²⁾, Rücksicht auf den Arbeitgeber, seinen Ehepartner, gefordert werden.

Schwieriger ist es, das Vorliegen der ehelichen Lebensgemeinschaft zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gebührend bei der Frage der außerordentlichen

1) Auch bei fremden Arbeitnehmern ist außerdienstliches Verhalten für die Frage der außerordentlichen Kündigung von Bedeutung; vgl. Erman-Küchenhoff, Anm. 10b A zu § 626.

2) Vgl. Erman-Küchenhoff, Bem. 10b A zu § 626; s. auch § 124 I Zfr. 4 GewO.

Kündigung zu berücksichtigen, wenn ein Ehegatte gewerblicher Arbeiter i. S. der GewO ist. In der GewO sind sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer die Gründe für eine außerordentliche Kündigung erschöpfend aufgezählt. Nur aus den in §§ 123 und 124 GewO angeführten Gründen ist eine außerordentliche Kündigung möglich, wobei dann im einzelnen bei Vorliegen einer der dort genannten Voraussetzungen auch nicht geprüft werden muß, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht ¹⁾. Freilich steht auch die Geltendmachung dieser Gründe unter dem Gebot der Einhaltung der Fürsorgepflicht (auf seiten des Arbeitgebers) und der Treupflicht (auf seiten des Arbeitnehmers) ²⁾. Beide Pflichten erfahren aber beim Ehegattenarbeitsverhältnis ihre besondere Ausprägung durch die eheliche Verbundenheit der Parteien. So wird etwa, wie schon gezeigt, auch beim gewerblichen Arbeitnehmerehegatten die Nichtzahlung des Lohnes (§ 124 I Zfr. 4 GewO) in der Regel für ihn keinen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung abgeben.

Andererseits erscheinen die in § 124 GewO aufgezählten Gründe nicht ausreichend. Bei einem Ehegattenarbeitsverhältnis können Sachlagen eintreten, die es mit Rücksicht auf die eheliche Verbundenheit der Parteien unbedingt als angezeigt erscheinen lassen, eine sofortige Lösung eines Arbeitsverhältnisses herbeizuführen. Auch wenn die Voraussetzungen des § 124 a GewO nicht vorliegen, wird man als stillschweigend vereinbarten weiteren Kündigungsgrund ³⁾ jeden Grund ansehen, der aus dem Gesichtspunkt der ehelichen Lebensgemeinschaft zwingend eine sofortige Lösung eines Arbeitsverhältnisses erfordert. Es kann einerseits einem Ehegatten nicht zugemutet werden, die Arbeit fortzusetzen, wenn das eheliche Zusammenleben empfindlich gestört wurde durch ein Verhalten des anderen Teiles (diese Fälle werden allerdings ganz überwiegend unter § 124 I Zfr. 2 GewO fallen) oder Ehe und Familie, insbes. die Kinder, z. B. bei Krankheit, schwer unter der Fortsetzung der Tätigkeit leiden würden, andererseits ist dem Arbeitgeberhegatten die Rücksichtnahme auf solche Gegebenheiten unbedenklich zuzumuten.

Ebenso wie auf seiten des Arbeitnehmerehegatten gilt auch für den Arbeitgeberhegatten, daß die Gründe, die zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen, durch den Tatbestand der Ehe teils eingeschränkt teils erweitert werden. Auch dem Arbeitgeberhegatten können Geschehnisse im ehelichen Bereich durchaus wichtige Gründe zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses sein.

1) Staudinger-Nipperdey-Neumann, Bem. 62 zu § 626.

2) Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 62 zu § 626.

3) Die Möglichkeit, weitere Kündigungsgründe als in der GewO aufgeführt zu vereinbaren, besteht; vgl. Boldt-Steffens, GewO, Anm. I 1 zu § 123; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1, 7. Aufl., S. 597; a. A. RAGE 13, 156.

Andererseits steht auch er unter dem Gebot der ehelichen Solidarität und ist aus diesem Grunde gehalten, dem Arbeitnehmerehegatten wenn nur irgend vertretbar, nicht abrupt seine Tätigkeitsmöglichkeiten abzuschneiden. Ebenso wie der Arbeitnehmerehegatte muß er zunächst alle Möglichkeiten einer einverständlichen Lösung des Arbeitsverhältnisses erschöpfen, bevor er zum Mittel der außerordentlichen Kündigung greift. Nicht unbesehen können im Verhältnis von Ehegatten zu einander die in den Ziffern 2, 3 und 8 des § 123 GewO aufgeführten Gründe den Arbeitgeberhegatten berechtigen, eine außerordentliche Kündigung gegenüber seinem Partner auszusprechen. Unter den in § 123 Zfr. 2 GewO aufgezählten Straftaten sind Diebstahl und Unterschlagung gem. § 247 Abs. 2 StGB unter Ehegatten straflos, Betrug wird nach § 267 Abs. 2 StGB nur auf Antrag verfolgt. Diese Besonderheit, die § 123 GewO nicht bedenkt, kann allerdings in der Regel nur dann dazu führen, dem Arbeitgeberhegatten sein Kündigungsrecht zu verwehren, wenn es sich nicht um schwerwiegende Fälle handelt, die auch nicht zur Kenntnis Dritter gelangt sind und wenn sich in dem Verhalten des Arbeitnehmerehegatten auch eine ehefeindliche Gesinnung nicht dokumentiert. Dagegen wird Fernbleiben von der Arbeit nicht wie bei fremden Arbeitnehmern von dem Arbeitgeberhegatten ohne weiteres mit einer Kündigung geahndet werden können, wenn es einmalig und aus verständlichen, wenn auch nicht zu entschuldigenden Gründen erfolgt. Erst recht aber werden Arbeitsunfähigkeit und Leiden an einer abschreckenden Krankheit nur, wenn dies zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Ordnung unbedingt erforderlich ist, zur fristlosen Kündigung berechtigen. Überhaupt vermögen in manchen Fällen notwendige Rücksichten auf andere im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer eine an sich gegenüber dem eigenen Gatten zu fordernde Nachsicht im Interesse des Betriebsfriedens unzumutbar erscheinen lassen. Im allgemeinen wird man auch bei fremden Arbeitnehmern Verständnis für eine gewisse Sonderbehandlung des Ehegattenarbeitnehmers voraussetzen und erwarten können, zumal der Gleichbehandlungsgrundsatz so lange nicht verletzt wird, als es sich um Differenzierungen handelt, die aus der ehelichen Verbindung zwischen den Partnern des Arbeitsverhältnisses erwachsen. Ehegattenarbeitnehmer und fremde Arbeitnehmer stehen insofern nicht gleich, als sowohl der Ehegattenarbeitnehmer als auch der Ehegattenarbeitgeber gerade auch eheliche Pflichten gegeneinander haben.

b) Die ordentliche Kündigung

Auch die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung durch Arbeitnehmer- und Arbeitgeberhegatte kann nicht unter Absehen vom Bestehen der Ehe zwischen den Partnern behandelt werden. Jedoch ist vorab gegen ein zu starkes Eindringen von Gesichtspunkten, die das Eheband zwischen den Partnern berücksichtigen, auf zweierlei hinzuweisen:

1) Eine Pflicht zur Mitarbeit aus ehelichen Erfordernissen konstituiert der Gesetzgeber ausdrücklich nur unter den Voraussetzungen des § 1356 Abs. 2 BGB. Dar- aus ist zu folgern, daß grundsätzlich kein Recht eines Ehegatten besteht, mehr an Mitarbeit von seinem Partner zu erfahren, als nach § 1356 II BGB gefordert werden kann. Daher kann es der ehelichen Bindung nicht widerstreiten, wenn sich ein mitarbeitender Partner von durch ein Arbeitsverhältnis begründeten wei- tergehenden Pflichten löst. Ist etwa die Ehefrau eines wohl-situierten Rechtsanwal- tes in dessen Büro mit mehreren Angestellten bislang als Bürovorsteherin vollzei- tig angestellt, so kann sie nach Lösung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zu einer solchen Tätigkeit herangezogen werden. Dagegen dürfte in der ersten Zeit nach ihrem Ausscheiden die gelegentliche Übernahme von Arbeiten aus diesem bisherigen Wirkungskreis u.U. "üblich" i. S. von § 1356 II BGB sein.

2) Durch das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses wird der Arbeitgeberehegatte verpflichtet, Lohn zu zahlen, während familienhafte Mitarbeit nicht unter allen Umständen einen Entgeltanspruch auslöst. Die Berücksichtigung dieser "Bela- stung" des Arbeitgeberehegatten ist für die Frage der ordentlichen Kündigung zu bedenken. Sie ist ein Grund, ihn in aller Regel für frei zu erachten, ein Ar-beitsverhältnis auch mit seinem Ehegatten ordnungsgemäß zu beenden. Die Kün- digung ist auch dann zulässig wenn sie geschieht, um den anderen Ehegatten aus dem "räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe" zu entfernen, denn in einem bezahlten Arbeitsverhältnis zu wirken, ist jedenfalls kein "Recht" eines Ehegatten gegenüber seinem Partner ¹⁾. Unbeschadet des Rechtes zur Kün- digung durch den Arbeitgeberehegatten auch in solchen Fällen, kann aber dem anderen Ehegatten nicht verwehrt werden, auf familienrechtlicher Grundlage weiter tätig zu sein, sofern das Unternehmen oder Geschäft des Arbeitgeberehe- gatten zum räumlich-gegenständlichen Bereich seiner Ehe gehört ²⁾. Wegen der mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Lohnzahlungspflicht kann auch nicht zugegeben werden, daß eine Kündigung unzulässig ist, wenn sie eine Kränkung des anderen Partners darstellen würde ³⁾. Ist ein Ehegatte mit der Lösung des Arbeitsverhältnisses nicht einverstanden, und nur in diesen Fällen bedarf es ja der Kündigung, so wird er dieselbe wohl in aller Regel als kränkend empfinden. Kommt es überhaupt dahin, daß ein Ehegatte dem anderen kündigt, so ist fast sicher anzunehmen, daß auch sonstige Unstimmigkeiten zwischen den Eheleuten bestehen. Wollte man also fordern, die Kündigung dürfe keine Kränkung des

1) Vgl. die Ausführungen oben S. 96.

2) Vgl. BGH JZ 1961, 577.

3) So aber offenbar Leuze/Ott, FamRZ 1965, 25.

anderen Ehegatten darstellen, so würde das in der Mehrzahl der Fälle bedeuten, daß eine Kündigung überhaupt unmöglich wäre. Es muß aber daran festgehalten werden, daß auch auf Grund des Ehebandes kein Recht eines Ehegatten schlechthin besteht, in dem Geschäft oder Betrieb des anderen gegen Lohn beschäftigt zu werden. Das schließt natürlich nicht aus, daß der Arbeitgeberehegatte verpflichtet ist, die Kündigung in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen rücksichtsvollen Form auszusprechen, andernfalls zwar nicht die Kündigung als solche unzulässig wäre, wohl aber der Arbeitgeberehegatte sich unter Umständen einer Eheverfehlung schuldig machen würde.

c) Kündigungsschutz nach dem KSchG und dem MuSchG

Eine weitere Frage ist es, ob zu Gunsten eines Arbeitnehmerehegatten auch die Kündigungsschutzbestimmungen, insbesondere des Kündigungsschutzgesetzes vom 10. August 1951 und des Mutterschutzgesetzes, gelten.

Praktisch wird das Kündigungsschutzgesetz in vielen Ehegattenarbeitsverhältnissen nicht zur Anwendung kommen können schon deshalb, weil in Kleinbetrieben die Mindestzahl der Arbeitnehmer nicht erreicht ist (§ 21 KSchG). Das Kündigungsschutzgesetz will den Arbeitnehmer nach Möglichkeit vor den einschneidenden Folgen der Lösung eines schon einige Zeit bestehenden ¹⁾ Arbeitsverhältnisses bewahren. Eine Kündigung bringt im allgemeinen den Zwang zum Wechsel der Tätigkeit und Umgebung mit sich und kann den Arbeitnehmer, zumindest zeitweise, gänzlich erwerbslos machen ²⁾. Bei einem Ehegattenarbeitnehmer besteht nun zwar nicht die Gefahr, durch Aufkündigung des Arbeitsverhältnisses mit seinem Ehegatten in seinen wirtschaftlichen Existenzbedingungen entscheidend betroffen zu werden. Er ist oft nicht, weil er gegen den leistungsfähigen Unternehmerehegatten Unterhaltsansprüche hat, in demselben Maße auf Erwerb angewiesen wie ein fremder Arbeitnehmer im Betrieb des Unternehmerehegatten. Aber auch für den Arbeitnehmerehegatten kann die Entfernung aus einer gewohnten Umgebung eine ihn gleichermaßen wie einen anderen Arbeitnehmer treffende Beeinträchtigung darstellen. Über das bei ihm in der Regel fehlende Angewiesensein auf den Ertrag seiner Arbeit hinaus hat er also aus diesem Grunde ein erhebliches Interesse an der Erhaltung einer einmal eingenommenen Stellung. Für ihn trifft ganz besonders der eine Grundgedanke des Kündigungsschutzgesetzes zu, daß eine so einschneidende Maßnahme, wie sie auch die ordentliche Kündi-

1) Kündigungsschutz besteht nur, wenn der Arbeitnehmer länger als 6 Monate in demselben Betrieb tätig war (§ 1 I KSchG).

2) Hueck, KSchG, Einl. S. 13 f.

gung darstellt, möglichst nicht in die rechenschaftslose Freiheit, die Willkür des Arbeitgebers gestellt sein soll, sondern eines Grundes bedarf. Dieser Gedanke der Rücksichtnahme wird auch vom Familienrecht her gefordert. Durch die Bestimmung des § 1 II KSchG, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, damit also rechtsunwirksam, "wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, ... bedingt ist", ist auch die Möglichkeit gegeben, dem ehelichen Verhältnis der Arbeitsvertragspartner gebührend Rechnung zu tragen. Die Bestimmungen des KSchG müssen deshalb auch auf Ehegattenarbeitsverhältnisse Anwendung finden ¹⁾.

Man wird dabei in die erforderliche sechsmonatige Betriebszugehörigkeit nicht Zeiten einrechnen können, die in Beschäftigung auf familienrechtlicher Grundlage verbracht worden sind. Das Gesetz fordert eine sechsmonatige Betriebszugehörigkeit, weil "der Arbeitnehmer erst durch eine gewisse Dauer der Betriebszugehörigkeit das Recht auf die Arbeitsstelle erwerben und umgekehrt der Arbeitgeber Gelegenheit haben soll, zunächst den Arbeitnehmer zu erproben" ²⁾. Dem letzten Grund kann zwar unter Ehegatten keine Bedeutung zukommen, insbesondere, wenn ein Ehegatte früher auf familienrechtlicher Grundlage mitgearbeitet hatte. Es trifft aber auch unter Ehegatten zu, daß die Kündigung eines erst kurze Zeit bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht so einschneidend ist wie bei einem länger bestehenden. Da auf familienrechtlicher Grundlage geleistete Mitarbeit sich auf Grund besonderer Bedingungen (insbesondere Lohnzahlung, Arbeitspflicht, des vertraglich begründeten Arbeitsverhältnisses von diesem erheblich unterscheidet, geht es nicht an, eine Beschäftigungszeit, die in Form familienrechtlicher Mitarbeit verbracht wurde, in die Sechsmonatsfrist einzurechnen.

Was den Mutterschutz betrifft, so müssen unzweifelhaft die den gesundheitlichen Schutz bezweckenden Vorschriften auch auf die werdende Mutter Anwendung finden, die im Betrieb ihres Ehemannes tätig ist. Wenn auch der Mutterschutz, soweit er Kündigungsschutz ist (§ 9 MuSchG) in erster Linie dazu dient, der Mutter ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage zu erhalten ³⁾, so kann, mag auch die Arbeit der Ehefrau im Betrieb ihres Mannes im allgemeinen nicht einer vom Ehemann unabhängigen Existenzsicherung dienen, "eine Beunruhigung mit ihren auch psychisch nachteiligen Wirkungen" ⁴⁾ auch bei der bei ihrem Ehemann beschäftigten schwangeren Frau aufkommen, wenn ihr gekündigt werden könnte,

1) Im Ergebnis ebenso Hueck, KSchG, Bem. 7 zu § 1.

2) Hueck, KSchG, Bem. 13 zu § 1.

3) Bulla, MuSchG, Vorbem. 16 vor § 1.

4) Bulla, MuSchG, Vorbem. 16 vor § 1.

Auch ihr muß die Sicherheit gegeben werden, daß sie nicht wegen der natürlichen Eigenschaften der Schwanger- und Mutterschaft im Arbeitsprozeß benachteiligt wird. Es ist deshalb geboten, der im Betrieb des Ehemannes beschäftigten Ehefrau den Mutterschutz ganz allgemein, auch hinsichtlich des Kündigungsschutzes zuteil werden zu lassen¹⁾. Da das vom Mutterschutzgesetz geforderte Mindestmaß der Rücksichtnahme und Sorge für den Arbeitgeberehemann seiner Frau gegenüber schon eheliche Pflicht ist, kann die Geltung des Mutterschutzrechtes auch aus diesem Grunde nicht zweifelhaft sein.

1) So im Ergebnis auch Bulla, MuSchG, Bem. 42 zu § 1 MuSchG.



LEBENS LAUF

Geboren am 26. September 1934 in Königsberg/Preußen als Sohn des Universitätsprofessors Dr. Siegfried Reicke und seiner Ehefrau Ada geb. Stutz. Besuch der Volks- und Oberschule. Studium der Rechtswissenschaft, Abgeschlossener juristischer Vorbereitungsdienst. Nach halbjährigem Stipendium zur Zeit als Assistent tätig.

LEBENSJAHR

geboren am 17. September 1874 in Kempten (Allgäu)
als Sohn des Landwirts Georg K. und seiner Frau
Maria, geb. Schmid. Seine Eltern waren
evangelisch. Seine Kindheit verlebte er in
Kempten. Er besuchte die evangelische
Schule und das Realgymnasium in Kempten.
Nach dem Abitur am Realgymnasium 1892
studierte er in München.

